

UNIVERSITÉ DE DIJON

FACULTÉ DE DROIT

DE LA RÈGLE

« **DONNER ET RETENIR NE VAUT** »

SON HISTOIRE DANS LE DROIT COUTUMIER

SON INFLUENCE SUR LE CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le 16 Mars 1897, à 1 heure 1/2

PAR

H. DELEHELLE

Sous la présidence de M. GÉNY, professeur.

Suffragants : { MM. Louis LUCAS, professeur.
 ROUX, agrégé.

LILLE

LE BIGOT FRÈRES, IMPRIMEURS-ÉDITEURS

68, rue Nationale, et 25, rue Nicolas-Leblanc

1897

UNIVERSITÉ DE DIJON

FACULTÉ DE DROIT

DE LA RÈGLE

« **DONNER ET RETENIR NE VAUT** »

SON HISTOIRE DANS LE DROIT COUTUMIER

SON INFLUENCE SUR LE CODE CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le 16 Mars 1897, à 1 heure 1/2

PAR

H. DELEHELLE

Sous la présidence de M. GÉNY, professeur.

Suffragants : { MM. Louis LUCAS, professeur.
ROUX, agrégé.

LILLE

LE BIGOT FRÈRES, IMPRIMEURS-ÉDITEURS

68, rue Nationale, et 25, rue Nicolas-Leblanc

1897

INTRODUCTION

On va, dans quelques années, célébrer le centenaire de notre Code civil. Après un aussi long règne, il devient difficile de trouver dans l'ensemble des lois, qui constituent ce magnifique monument, un sujet suffisamment neuf pour être traité sous une autre forme que celle d'une compilation fastidieuse. Aussi n'est-ce pas sans une appréhension bien légitime que nous avons entrepris dans ce travail l'étude d'une de nos plus vieilles maximes juridiques : « la règle donner et retenir ne vaut. »

A prendre les mots avec leur valeur naturelle, rien de plus facile à comprendre que ce brocard. La donation, semble-t-il dire au premier abord, doit être sérieuse ; le donateur ne peut à la fois transmettre au donataire un droit sur un objet et se réserver la faculté de faire disparaître ce droit. Mais telle n'a pas été, dans les lois coutumières, la portée de notre règle. Il est difficile de donner, en une seule formule, le sens de cette maxime sous l'ancienne jurisprudence. En décidant que « donner et retenir ne vaut », le législateur entendit d'abord que le donateur fût immédiatement obligé à consentir la tradition de l'objet donné. Plus tard,

il se départit de cette rigueur et se contenta de confondre la maxime avec le principe de l'irrévocabilité de la donation entre vifs. D'après ce principe, on forçait le donateur, qui voulait faire une libéralité valable, à se dessaisir de son droit sur le bien donné d'une façon si complète, qu'il ne dépendit plus en rien de sa volonté de rendre caduque la donation.

Il est facile avec les quelques notions sommaires, déjà données sur notre maxime, de se rendre compte qu'elle doit être rangée au nombre des dispositions, prises par certains législateurs pour faire obstacle aux donations inconsidérées.

Dès les temps les plus reculés, il arriva assez fréquemment à la donation d'être considérée d'un très mauvais œil. Un rapide aperçu de son historique suffit à le prouver.

Si l'on en croit Selden (1), chez les Hébreux déjà, le simple pacte de donation n'était pas obligatoire. La tradition de l'objet donné y était jugée nécessaire pour assurer la perfection de l'acte.

Aux premiers siècles de Rome, le législateur paraît s'être fort peu occupé de la donation. Cet acte, à vrai dire, n'avait pas par lui-même de valeur juridique, car aucun rapport de droit ne se formait entre le donateur et le donataire. Pour être efficace, la libéralité devait être réalisée d'une manière ou d'une autre, soit par une acceptilation,

(1) Selden : *de jure naturali et gentum, justa disciplinam Hebræorum*, liv. 6, cap. 5. Cité dans Furgole : *Ord. de Louis XIV sur les don*, Ed. 1775, page 140.

quand il s'agissait d'une donation par remise de dette, soit au moyen d'un abandon quelconque de la part du donateur d'un des attributs de la propriété.

Ce silence de l'ancienne loi sur la donation s'explique par l'usage extrêmement rare qu'en faisaient les premiers habitants de Rome. Polybe nous apprend, en effet, que la donation n'était pas dans les habitudes des Romains et Cicéron fait peu de cas des libéralités au-dessus desquelles il place la bienveillance et le dévouement (1). Cet état de choses se comprend facilement avec le dédain qu'avaient pour les richesses les contemporains de Cincinnatus et de Caton. Il ne devait pas durer longtemps. Bientôt, au contact des peuples vaincus, la société romaine se corrompt. La bienveillance et le dévouement des riches ne fut plus acquis naturellement aux gens de la Plèbe. Toute protection s'acheta ; tout service se paya et certains patrons allèrent même jusqu'à profiter de l'époque des saturnales pour réclamer de leurs clients de véritables donations. La cupidité de quelques uns amenant de graves désordres, le préteur fut forcé d'intervenir. La loi Publicia fut, vers l'an 519, le résultat de cette intervention. Elle défendit d'envoyer aux riches autre chose que des flambeaux de cire. Mais ce remède était loin de suffire ; aussi quelques années à peine après cette première

(1) Cucq, les Institutions Juridiques des Romains, l'ancien droit, liv. III, Ch. VIII, notes 2 et 3, page 556.

prohibition, vers l'an 550, le tribun Cincius Alimentus, proposa-t-il un plébiscite auquel l'austère Caton l'ancien ne manqua pas de prêter l'appui de toute son autorité.

Ce plébiscite, connu sous le nom de loi Cincia, s'efforça d'apporter des obstacles à la réalisation des libéralités.

Il est à croire que les avocats romains ne s'étaient pas fait remarquer par leur extrême modération, car, plus que tous autres, ils sont particulièrement visés par la loi. Défense leur est faite de recevoir de l'argent ou des valeurs pour prix de leurs conseils et de leurs plaidoiries.

A côté de cette disposition d'un caractère très restreint, la loi Cincia posait un principe plus général ; elle défendit à toute personne d'accepter, à titre de donation, une somme supérieure à un taux déterminé, mais resté inconnu, à moins toutefois qu'il n'y ait eu plein dessaisissement du donateur.

Dès lors, la volonté, même certaine du disposant, ne fut plus suffisante. Existait-il encore un seul rapport juridique, né de la donation, entre le donateur et le donataire, l'acte restait imparfait ; le don pouvait être repris ou révoqué.

Le but de cette disposition était à la fois social et politique. C'était d'abord le dessein de garantir les familles des donateurs contre des libéralités considérables et inconsidérées, puis, en second lieu, le désir de protéger les petites gens, tels que clients, affranchis et plébéiens. Ce double but ressort évidemment

des exceptions apportées par la loi elle-même au principe qu'elle posait. Ces exceptions, en effet, viennent toutes de cette idée que la donation, si importante fût-elle, doit être permise dans tous les cas où elle peut s'expliquer autrement que par un abus d'influence ou un oubli des devoirs de famille. C'est ainsi qu'on l'autorisait entre personnes naturellement unies par des liens profonds d'affection, comme les cognats, les alliés, les conjoints et les fiancés.

Si l'on se borne à considérer les effets juridiques de la loi Cincia et ceux de notre maxime, on ne peut s'empêcher de constater entre ces deux dispositions de très grandes analogies. Dans les pays de coutume, comme à Rome, la validité de la donation fut subordonnée aux deux mêmes conditions d'irrévocabilité et de dessaisissement immédiat du disposant. En autorisant les donations révocables, faites dans un contrat de mariage, les rédacteurs des coutumes semblent même avoir imité le législateur romain jusque dans ses exceptions. Et pourtant bien différents furent les motifs qui les déterminèrent à agir.

Un coup d'œil jeté sur l'état de la société française au Moyen Âge fait immédiatement remarquer de profondes ressemblances entre l'époque troublée des Marius et des Scylla et celle non moins tourmentée des guerres féodales. Même oppression des faibles, même tyrannie des grands. Patriciens et seigneurs féodaux paraissent bien être des tyrans de la même famille. La foule des taxes seigneuriales, les aides aux quatre cas, les droits de relief, de gant, de

chambellage et d'amortissement ne pâlissent pas à côté des exactions des Patriciens à l'époque des Saturnales. Comment donc expliquer que, dans les deux législations romaine et française, en présence d'un état de choses semblable, des résultats identiques ne soient pas produits par les mêmes causes ? N'est-il pas surprenant de constater que la loi Cincia et la règle « donner et retenir ne vaut » ont été produites par des motifs très différents, car tandis que la loi Cincia est le résultat d'une réaction de la Plèbe contre le Patriciat, notre maxime se présente comme un fruit naturel de la féodalité. Il est certain, en effet, qu'elle fait partie du groupe de ces lois féodales, dont le but avoué n'était autre que le maintien de la puissance et de la richesse au sein des mêmes familles. Comme la réserve coutumière, comme le droit d'ainesse, comme le retrait lignager et toutes les règles sur les propres, cette maxime, incontestablement, découle du grand principe de la conservation des biens dans les familles.

On voit par cette origine quelle dût être l'importance de notre règle sous l'ancienne jurisprudence. Issue d'un principe, longtemps considéré comme essentiel à l'existence même et au développement normal de la Société, elle fut, pendant plusieurs siècles de l'ancienne monarchie, respectée à l'égal d'un dogme. Mais par cela même qu'elle apportait de trop sérieuses entraves à la liberté du propriétaire, elle ne pouvait manquer de perdre la plus grande

partie de son éclat, au fur et à mesure qu'allaient s'affaiblissant les idées sur lesquelles reposait le régime féodal.

Ce sont les péripéties de cette lutte entre les deux principes si contraires de la liberté des conventions et de la conservation des biens dans les familles, qu'il est intéressant de suivre dans l'histoire de la règle « donner et retenir ne vaut. »

Afin d'étudier cette maxime à la fois dans son passé avec les lois coutumières et dans son présent avec le Code civil, nous avons cru devoir diviser ce travail en deux grandes parties, traitant la première de l'ancien droit français, la seconde du droit moderne. De cette méthode résulteront fatalement quelques redites, car il est souvent impossible de rechercher la solution d'un problème, sans en rappeler en quelques mots l'historique ; mais nous avons préféré ce léger inconvénient à l'obscurité qui nous semblait devoir résulter d'une étude simultanée des lois coutumières et des quelques articles que le Code paraît avoir consacrés au principe d'irrévocabilité en matière de donations entre vifs.

Les deux parties de notre travail seront essentiellement différentes, non seulement par la diversité des problèmes soulevés dans chacune d'elles, mais encore par la méthode employée et le résultat poursuivi.

Dans notre première partie, nous nous bornerons à tracer un tableau aussi exact que possible de ce que fut, sous l'ancienne monarchie, la règle « donner

et retenir ne vaut. » Après avoir étudié séparément le brocard coutumier, avec les deux significations qu'il prit successivement, nous nous attacherons à reproduire les théories des plus éminents commentateurs des coutumes sur les conséquences pratiques, déduites de la célèbre maxime. Puis, nous aborderons le problème, si obscur et si difficile, de l'origine de la règle. Nous aurons à ce propos à choisir entre le système des anciens auteurs, qui, avec Ricard, Godefroy, Delalande et Pothier, tenaient pour l'origine romaine, et l'opinion contraire des écrivains modernes, partisans d'une origine purement nationale et peut-être même germanique.

La règle « donner et retenir ne vaut », déjà abandonnée par les rédacteurs de l'ordonnance de 1731, n'a laissé aucune empreinte dans notre législation moderne ; telle sera la thèse soutenue dans la seconde partie. Il nous sera facile pour appuyer ce système de montrer que notre maxime est en opposition formelle avec les principes de liberté, à l'influence desquels les législateurs de 1804 n'ont pu se soustraire.

Puis, nous nous efforcerons, à la suite de M. Bauby (1), d'établir que les articles du Code, généralement considérés comme des conséquences de la règle « donner et retenir ne vaut », s'expliquent, d'une façon satisfaisante, par les principes

(1) Bauby, de la maxime « donner et retenir ne vaut ». Thèse présentée à la Faculté de droit de Toulouse en 1853.— Bauby, des donations de sommes payables à terme. *Revue pratique*, année 1862, tome XIII, pages 9 et suiv.

élémentaires du droit et que dès lors, il n'est pas besoin de sous-entendre une règle, spéciale et surannée, en contradiction avec l'esprit général du Code.

Enfin il nous faudra, en terminant, jeter un rapide coup-d'œil sur quelques-unes des législations voisines les plus récentes. Nous tâcherons en même temps de nous rendre compte, au point de vue critique, de la place qu'il conviendrait de faire à notre règle, si le Code venait à être remanié.

PREMIÈRE PARTIE

De la règle « donner et retenir ne vaut »

DANS LE DROIT COUTUMIER

CHAPITRE I

Double signification de la règle « donner et retenir ne vaut » dans le droit coutumier

Si l'on en croyait les auteurs, qui ont fait au XVIII^e siècle, surtout après l'ordonnance de 1731, le commentaire de la maxime « donner et retenir ne vaut » on serait porté à confondre entièrement cette règle avec le principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs. L'ordonnance de 1731, en effet, s'est bornée à régler certaines questions, ayant trait à ce seul principe. D'Aguesseau (1) s'explique sur ce point d'une manière qui ne peut laisser place à aucun doute. « Le sens de la maxime que donner et retenir ne vaut, dit-il, n'est pas que la tradition feinte ne puisse avoir lieu dans les donations, et personne, dans les pays coutumiers même, n'a jamais pensé à exiger des donateurs une tradition réelle ; tout ce que cette maxime signifie est que le donateur ne peut se réserver ni la propriété des choses données ni le droit d'en priver le donataire quand il le jugera

(1) Œuvres de d'Aguesseau, Paris, Faustin et C^e, éd. 1819, t. XII, lettre du 22 mai 1871, page 308.

à propos, et, en ce sens, la maxime est, en quelque sorte, de droit naturel. »

Et Domat (1), dans des termes non moins formels, dit : « C'est du principe de l'irrévocabilité que dépend cette règle, commune en cette matière, que donner et retenir ne vaut ; ce qui signifie que, si le donateur retient tout ce qu'il donne, il ne se dépouille pas et ne donne pas. »

On se ferait pourtant une bien fausse idée de ce que fut, dans le droit coutumier, la règle « donner et retenir ne vaut », si l'on se bornait à ces seuls témoignages. L'étude des coutumes nous montre, en effet, de la façon la plus certaine, que cette règle prit, presque dès sa naissance, une double signification. Elle imposait au donateur, pour que sa libéralité fût valable, deux conditions très distinctes, consistant, l'une dans un engagement irrévocable envers le donataire, l'autre dans la nécessité d'une tradition ou délivrance de l'objet donné, faite du vivant du donateur. Cela résulte aussi clairement que possible de l'article 274 de la coutume de Paris, conçu dans les termes suivants : « C'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée ou qu'il demeure en possession jusqu'au jour de son décès. »

Pothier, contrairement à l'opinion émise par lui dans son commentaire de l'article 283 de la coutume d'Orléans, reconnaît formellement, dans son *Traité des*

(1) Lois civ., liv. I, tit. X, éd. 1828, page 298.

Donations (1), que telle est bien la portée de la règle « donner et retenir ne vaut ». Il est ainsi amené à séparer, pour les étudier tour à tour, les deux conditions que nous venons de signaler.

Quant à Ricard, il n'est pas moins explicite : « Il faut, dit-il, non seulement que le donateur mette son donataire en possession de ce qu'il lui donne, mais aussi qu'il ne dépende plus de sa volonté de révoquer la donation et de la rendre sans effet, c'est-à-dire, en un mot, qu'il y ait tradition de fait et tradition de droit (2). » Et, dans l'explication qui suit ce passage, il montre qu'il n'y a pas tradition de fait quand le donateur retient la possession et qu'il n'y a pas tradition de droit lorsqu'il se réserve la faculté de disposer de la chose donnée.

Laurière va plus loin encore (3). Dans ses notes sur Loysel, il se borne à mentionner la nécessité de la délivrance en passant sous silence le principe de l'irrévocabilité. Peut-être cette manière de comprendre notre règle est-elle plus juridique que celle de Domat et de d'Aguesseau. Nous nous proposons d'approfondir cette question en traitant de l'irrévocabilité. Bornons-nous pour l'instant à faire ressortir le double sens de la règle « donner et retenir ne vaut » et à montrer que ses deux applications, bien que contenues

(1) Œuvres de Pothier par Bugnet, t. VIII, traité des don. entre vifs ; section II, art. II, n° 64, page 373.

(2) Ricard, traité des donations, éd. 1701, t. I, partie I, ch. IV, sect. II, n° 898.

(3) Notes sur les institutes coutumières de Loysel, éd. 1758, liv. 4, tit. 4, n° 5.

dans un même brocard, n'en sont pas moins essentiellement différentes.

La meilleure manière de prouver cette différence entre les deux règles de l'irrévocabilité et de la tradition est d'établir d'abord qu'elles ne sont pas inséparables, ensuite qu'il arrive souvent en fait qu'elles sont séparées.

Ces deux conditions, disons-nous, ne sont pas inséparables. La preuve en est qu'elles ne s'accomplissent souvent qu'à des intervalles assez éloignés. C'est en effet au moment même de la donation que le donateur est tenu de prendre un engagement irrévocable. On doit pouvoir de suite et pour ainsi dire, à la seule vue de l'acte, se rendre compte de la manière dont le donateur a satisfait à cette condition en se dépouillant sans retour. Il lui est permis au contraire de différer de quelque temps la délivrance de l'objet. La donation, comme dit la coutume de Paris, n'est nulle que « si le donateur est demeuré en possession jusqu'à son décès. » Restée incomplète et incertaine tant que le disposant ne s'est pas dessaisi, elle peut ne devenir parfaite qu'*ex post facto*, bien après le moment où le contrat a été passé. Comment, s'il en est ainsi, confondre deux conditions, qui, dans bien des cas, ne doivent être remplies qu'à des jours différents.

Mais peut-être objectera-t-on que, tout en pouvant s'accomplir séparément, les deux conditions de la délivrance et de l'irrévocabilité n'en sont pas moins

intimement liées l'une à l'autre. Il n'en est rien cependant. Il suffit pour s'en convaincre de passer en revue quelques-unes de nos coutumes. On verra que s'il en est qui mettent sur la même ligne les deux conditions exigées par notre règle pour les rattacher au même principe, il en est d'autres, qui se bornent à exiger l'une, en gardant sur la seconde le silence le plus complet. C'est ainsi que, dans leur première rédaction, les coutumes de Paris (art. 160 et 161), de Sens (art. 95 et 101), d'Auxerre (art. 108), d'Orléans (art. 222) ne parlaient que des clauses permettant au donateur de revenir sur sa donation. Au contraire les coutumes de Péronne, de Montdidier et Roye, de Chauny, de Senlis, et Berry se bornaient à exiger la nécessité de la tradition. Les coutumes de Mantes (art. 150) et d'Elampes (art. 146), après avoir posé en règle que « donner et retenir ne vaut, » déclaraient qu'il suffisait qu'il y ait, dans l'acte de donation, une clause de rétention d'usufruit. C'était se contenter d'un dessaisissement simulé.

En présence de ces manières si diverses, dont les rédacteurs coutumiers semblent avoir entendu le brocard « donner et retenir ne vaut », force nous est donc d'admettre que l'ancien droit faisait rentrer dans cette maxime deux conditions ou mieux deux règles tout à fait indépendantes l'une de l'autre et en vertu desquelles on exigeait, suivant les pays, tantôt la tradition de l'objet donné, tantôt l'irrre-

vocabilité de l'engagement contracté par le donateur, tantôt enfin ces deux conditions à la fois (1).

§ I. De la tradition.

C'est, disent les Coutumes de Paris et d'Orléans, donner et retenir quand le donateur demeure en possession jusqu'à son décès.

On voit, au premier examen de cette formule, que la donation n'était pas considérée comme inattaquable pour les héritiers du donateur, quand ce dernier venait à mourir sans avoir mis son donataire en possession de l'objet donné. La tradition était ainsi considérée comme une condition *sine qua non* du contrat de donation. Tant qu'elle n'avait pas eu lieu, l'acte pouvait encore être regardé comme n'ayant jamais eu d'existence. On faisait, pour justifier cette doctrine, le raisonnement suivant : un donateur manifeste, par l'acte de libéralité qu'il accomplit, sa volonté bien formelle de se préférer à lui-même le donataire ; or, il semble impossible de concilier avec cette intention le maintien du donateur dans la possession de l'objet donné, puisque ce *statu quo* tendrait à indiquer que le disposant continue à se préférer au donataire. La logique conduisait donc les Coutumes à forcer les donateurs à rester conséquents avec eux-mêmes en se dépouillant complètement par la tradition. Mais en quoi consistait la tradition exigée ?

(1) Glasson, le droit de succession au moyen-âge, § 17. Nouvelle Revue historique, 1892, page 762.

Ici, la plus grande divergence règne entre les Coutumes. On peut, à cet égard, les diviser en deux grandes classes, suivant qu'elles rendent nécessaire la tradition réelle, c'est-à-dire le transfert matériel de la chose aux mains du donataire, ou qu'elles se contentent de certaines traditions feintes, fruit des subtilités des juristes.

A Rome, sous l'empire de la loi Cincia, l'acquisition de la possession s'entendait avec une rigueur exceptionnelle. Il fallait que, dans tous les cas, le donataire fût matériellement nanti de la chose (1).

Il est probable qu'à l'origine il en fut de même dans notre ancien Droit. La loi 8, au Code Théodosien « de Donationibus », loi appliquée dans tous les pays de Droit écrit, exige en effet, en termes très nets, la tradition réelle. Justinien avait, il est vrai, déclaré suffisant, pour faire valoir la donation, le simple consentement des parties, mais cette réforme ne put avoir aucune influence sur le Droit franc, car les Compilations de Justinien, délaissées au milieu des troubles de l'Orient presque aussitôt qu'elles parurent, ne furent guère connues avant le X^e siècle. Or, bien avant cette époque, un Capitulaire de Charlemagne avait rendu nécessaire, pour l'accomplissement de la donation, la tradition par voie réelle de la chose donnée au donataire : « *Si quis res suas cuilibet tradere voluerit legitimam traditionem facere studeat* (2). »

(1) Voir Fr. Vat. § 313. — Ulpien loi 77 de rei vind. VI, 1.

(2) Liv. 4, cap. 19, cité par Ricard : traité des don., éd. 1701, t. I, 1^{re} partie, ch. IV, sect II, dist. I, n° 908, page 203.

Notons toutefois que cette tradition a moins pour but de lier le disposant que de rendre sa donation parfaite à l'égard de ses héritiers : « *hæc traditio ita facta fuerit hoeres illius nullam de prædictis rebus valeat facere repetitionem.* »

Parmi les coutumes, qui exigeaient la tradition réelle, il faut citer celles de Chaumont en Bassigny (art. 76), de Rheims (art. 23), de Sedan (art. 109), de Laon (art. 53 et 54), de Vitry-le-François (art. 111). Au cas de donation d'objets mobiliers, la tradition pouvait se faire par un transfert matériel de la chose aux mains du donateur. Lorsque ce transfert n'était pas possible, quand il s'agissait d'immeubles, par exemple, la loi offrait au disposant pour remplir son obligation, plusieurs moyens tirés du droit romain. On recourait alors soit à quelques-uns des simulacres de la mancipation, soit à la prise de possession par l'appréhension d'un gazon, d'une motte de terre ou d'un rameau d'arbre.

Bientôt le droit se perfectionna. Les seigneurs introduisirent un nouveau mode de tradition réelle par le moyen de la saisine, du nantissement ou du vest. Le donateur remettait le bien donné au seigneur féodal. Celui-ci en saisissait le donataire et lui en transférait la possession en vertu des lettres qu'il lui expédiait (1).

Un grand nombre de coutumes admettaient ce

(1) Ferrières, comm. sur la cout. de Paris, éd. 1865, tit. XIII, art. 273, n° 13 et suiv.

mode de délivrance. Ce sont les coutumes de vest et de devest, parmi lesquelles on cite celles d'Amiens (art. 13, 54 et 137), d'Anjou (art. 345 et 429), du Boulonnais (art. 22), du Bourbonnais (art. 209), de Chaumont (art. 76), de Chauny (art. 59 et 90), de Clermont (art. 127), de Laon (art. 53 et 54), du Maine (art. 357 et 444), de la Marche (art. 306), de Montargis (ch. II, art. 7), de Ponthieu (art. 22 à 25), de Saint-Pol (art. 38), de Sedan (art. 109), de Senlis (art. 211 et 212), de Valois (art. 130) et de Vitry (art. 111). Ricard, à propos de ces coutumes, dit : « que les seigneurs par leur autorité ont tellement établi la nécessité de l'ensaisinement, que les donataires, qui ont été mis actuellement en possession n'en sont pas dispensés ». Dans les autres coutumes, la saisine n'était pas indispensable à la perfection de la donation. Ainsi l'article 82 de la coutume de Paris dit : « ne prend saisine qui veut ». Telle est la règle généralement admise par toutes les coutumes, qui sont muettes sur ce point. Certains commentateurs vont même jusqu'à soutenir que, dans les coutumes de vest et de devest, et notamment dans celle de Senlis, qui en est le type le plus frappant, la solennité de la saisine n'était pas absolument nécessaire pour valider la délivrance. L'article 211 de la coutume de Senlis semble bien confirmer cette doctrine. Il est en effet conçu dans les termes suivants : « donner et retenir ne vaut, posé ores que le donateur ait de foy retenu l'usufruit de la chose donnée, s'il n'y a dessaisine

baillée par ledit donateur et que le donataire en soit saisi du vivant du donateur, ou que ledit donataire en ait pris ou appréhendé de fait la possession du consentement dudit donateur, qui vaut et équipolle à saisine au préjudice d'iceluy donateur et de ses hoirs ».

Cet article assimile évidemment à la formalité de la saisine la simple prise de possession. Un arrêt du 28 mars 1656 en a fait l'application, en décidant que la tradition sans la saisine suffisait pour rendre parfaite la donation, dans la province du Bourbonnais, dont la coutume doit être à coup sûr rangée parmi les coutumes de vest devest. Pourtant Pothier, dans son commentaire de cette coutume, n'hésite pas à se mettre au rang de ceux qui déclarent la saisine indispensable et cite à l'appui de son opinion un arrêt du 17 août 1650. En présence de cette jurisprudence variable, Ferrières conseille prudemment d'avoir toujours soin de faire ensaisiner son contrat et de prendre investiture, afin, dit-il, que le donateur refusant de mettre en possession le donataire ne puisse alléguer qu'il est toujours demeuré en possession de la chose (1).

Ajoutons encore que, parmi les Coutumes de vest devest, il y en a quelques-unes qui, sans se contenter de l'ensaisinement du donataire par le Seigneur, exigeaient en outre le consentement exprès du donateur. Parfois celui-ci devait assister en personne à la cérémonie, mais le plus souvent on se bornait

(1) Ferrières, Cout. de Paris, loc. cit. n° 15.

à insérer dans l'acte que le disposant donnait son adhésion à la mise en possession du donataire.

Dans la plus grande partie du royaume, on ne tarda pas à s'affranchir de l'interprétation rigoureuse de la règle « donner et retenir ne vaut. » Nombre de coutumes, notamment celles de Paris et du Nivernais, admirent, parallèlement à la tradition réelle, certains cas de tradition feinte.

La tradition feinte consiste, dit Pothier, dans toutes les manières de faire passer à quelqu'un la possession d'une chose sans qu'il intervienne de tradition réelle. On est conduit, en adoptant cette définition, à considérer comme cas de tradition feinte la saisine par l'intermédiaire du seigneur. Or, on sait que les Coutumes de tradition réelle, à l'exemple de celle de Senlis, reconnaissent à cette formalité le pouvoir de transmettre réellement la possession. Aussi, à la définition de Pothier, préférons-nous beaucoup celle que donne Ferrières dans son Commentaire de l'article 27 de la Coutume de Paris. La tradition feinte, dit-il, est celle qui se fait par une fiction de la loi, laquelle feint que la tradition a été faite, que le donataire possède la chose en qualité de maître et que le donateur ne la détient et possède qu'au nom du donataire, en vertu de quelque clause apposée au contrat de donation. Il y aura donc tradition feinte chaque fois que le donateur, tout en conservant la détention de la chose donnée, ne pourra se prévaloir que d'un droit incompatible avec la pleine propriété. Pour savoir s'il y a eu tradition feinte, il suffira de consulter

l'acte de donation et de vérifier s'il contient vraiment une clause indiquant de la part du donateur la volonté de transférer la propriété au donataire et de n'en conserver la jouissance qu'au nom et pour le compte de ce dernier.

Parmi les cas de tradition feinte, beaucoup de Coutumes mentionnent les trois clauses de constitut, de précaire et de rétention d'usufruit. « Ce n'est donner et retenir, quand l'on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à soi l'usufruit à vie ou à temps, ou quand il y a clause de constitut ou précaire et vaut telle donation. » (Orléans, art. 294. Paris, art. 275.)

La clause de rétention d'usufruit est celle par laquelle le donateur convient avec le donataire de conserver la possession de la chose donnée, mais en stipulant expressément que c'est à titre d'usufruitier et non à titre de propriétaire. Rien de plus logique que ce cas de tradition feinte par la clause de rétention d'usufruit. L'usufruitier, en effet, ne possédant les biens compris dans l'usufruit qu'au nom et pour le compte du nu-propriétaire, c'est en réalité le donataire qui possède, bien qu'il n'ait pas la détention matérielle. S'il en est ainsi, on ne peut pas dire que le donateur est demeuré en possession ; ce n'est donc pas donner et retenir que se réserver l'usufruit du bien donné.

Il est de principe qu'on ne présume jamais la

(1) (Œuvres de Pothier par Bugnet, t. VIII, traité des don., sect. II, art. II, n° 68, page 374.

clause de rétention d'usufruit. Il en résulte que, si le donateur est resté en possession de la minute de l'acte, on suppose qu'il n'a pas voulu donner, puisqu'il n'a pas fourni à son donataire les moyens de prouver qu'il ne détient plus qu'une qualité d'usufruitier (1).

On s'est demandé si, après la mort d'un donateur qui s'est réservé l'usufruit, la saisine devait appartenir au donataire ou bien aux héritiers du donateur. Dumoulin a soutenu que le donataire devait demander la délivrance de la chose donnée aux héritiers, saisis de plein droit. L'intérêt de la question ne réside pas seulement dans une simple formalité de procédure. En cas de difficulté, celui qui a la saisine, bénéficie du rôle de défendeur. Il reste en possession et conserve la possession intérimaire, tant que le procès n'est pas réglé.

Charondas, contrairement à l'opinion émise par Dumoulin, prétend que le donataire est saisi de plein droit, car la clause de rétention d'usufruit ne doit pas l'empêcher d'être considéré comme tenant directement sa possession des mains du donateur. Il acquiert la possession civile au jour même de la donation, partant la propriété. Or le propriétaire n'est pas obligé de demander la jouissance de la chose aux héritiers de l'usufruitier. Ferrières (2) et Ricard (3) se sont rangés à cette

(1) Œuvres de Coquille, éd. 1703, Cout. du Nivernais, ch. 27, art. 2, p. 267.

(2) Ferrières, Cout. de Paris, éd. 1685, sur l'article 275, n° 21.

(3) Ricard, traité des donations, éd. 1701, loc. cit. n° 920,

opinion qui paraît sérieuse. Furgole (1), sur l'article XV de l'ordonnance de 1731, soutient également qu'à la cessation de l'usufruit, le donataire peut prendre la possession des biens donnés, sans en demander la délivrance aux héritiers du donateur. Il est à croire que cette solution finit par être adoptée, car nous ne croyons pas que les Parlements aient eu à se prononcer sur ce point, du moins après l'ordonnance.

Fallait-il assimiler à la clause de rétention d'usufruit celle par laquelle le donateur se réservait une pension ? On admettait généralement la négative, pour la raison que cette dernière clause ne donnait au donataire qu'une action personnelle. Le Parlement de Provence semble s'être prononcé en ce sens dans un arrêt du 4 avril 1646, arrêt qui annule une donation de tous biens, avec réserve d'une pension et maintien du donateur dans la possession des objets donnés (2).

Un arrêt, rendu par le Parlement de Paris le 10 mai 1615, rapporté par Auzanet (3), a décidé qu'au cas de donation, avec clause de rétention d'usufruit, les droits de mutation, dus au seigneur, doivent être immédiatement payés par le donataire, sans attendre l'extinction de l'usufruit. Cet arrêt est conforme au droit commun, car la clause de réten-

(1) Furgole, ordonnance de Louis XV sur les donations, éd. 1775, art. XV, p. 135.

(2) Boniface, t. 1, liv. 7, titr. 3, ch. 4.

(3) Voir Ricard, loc. cit., n° 920.

tion d'usufruit n'empêche pas la translation de propriété de se produire aussitôt que le contrat est parfait. C'est par application de ce principe que l'article 23 de la coutume de Paris donne au seigneur le droit d'exiger sans retard le droit de relief, qui lui est dû au cas de commutation de vassal, alors même que la convention des parties décide de maintenir quelque temps le statu quo. Mais un grand nombre de coutumes semble ne pas avoir suffisamment tenu compte de la raison qui milite en faveur de ces décisions ou autres semblables. Ainsi l'article 279 de la coutume d'Orléans dispense le donataire de l'obligation d'entrer en foi et d'acquitter le cens en son propre nom, quand le donateur, grâce à la clause de rétention d'usufruit, conserve la jouissance de l'héritage. L'article 285 de la même coutume ne rend exigible qu'à partir du décès du donateur les droits dus au seigneur. Ces décisions se fondent, mais à tort, selon nous, sur ce que, dans les cas prévus, le donataire n'ayant qu'une simple possession civile ne retire aucun profit du bien donné.

A côté de la clause de rétention d'usufruit, les articles 284 de la coutume d'Orléans et 275 de la coutume de Paris admettent comme mode de transférer la propriété les deux clauses de constitut et de précaire.

Il y a clause de constitut lorsque le donateur déclare ne continuer à posséder la chose, par lui

donnée, au donataire qu'au nom de ce dernier, à titre de fermier ou de locataire (1).

La clause de précaire est celle par laquelle le donateur déclare ne tenir la chose qu'au nom du donataire, à charge de la lui remettre à première réquisition.

On voit par cette définition que le mot précaire est pris avec le sens qu'on lui attribuait à Rome et qu'il est loin d'avoir la signification que notre ancien droit donnait à la précaire, concession temporaire, faite à charge de redevance.

Il est difficile de trouver un criterium, capable de servir à distinguer d'une façon certaine la clause de précaire de celle de constitut. Dans les deux cas, en effet, le donateur déclare ne posséder la chose qu'à la requête et prière du donataire, pour lui et en son nom. Pothier, en décidant qu'il y a constitut, quand le donateur conserve le bien donné, au nom du donataire, « de quelque manière que ce soit, » semble indiquer qu'il faut faire rentrer la cause de précaire dans celle de constitut.

Pourtant Tiraqueau, dans son traité de jure constituti (2), soutient que la clause de constitut transfère au donataire la possession à la fois civile et naturelle, tandis que la clause de précaire ne donne que la possession naturelle. Par malheur, Tiraqueau omet de déterminer plus nettement ce

(1) Œuvres de Pothier par Bugnet, t. VIII, traité des don. entre vifs, sect. II, art. II, § 1. — Ferrières : loc. cit., sur l'art. 275, n^{os} 24 et 25.

(2) Voir Ferrières, id., n^o 26.

qu'il entend par *possessio naturalis*. Ce ne peut être la détention, car il est évident que le donataire ne l'acquiert pas plus par la clause de précaire que par la clause de constitut; ce ne peut être non plus la *possessio ad usucapionem*, car l'auteur oppose justement sa *possessio naturalis* à cette dernière possession qui n'est ainsi que la possession civile. Force nous est donc de repousser cette doctrine trop subtile et d'admettre que la clause de précaire rentre dans la clause de constitut comme l'espèce dans le genre.

Si l'on en croyait Auzanet (1), non seulement il ne faudrait pas tenir compte de la clause de précaire des articles 284 de la coutume d'Orléans et 275 de la coutume de Paris, mais il faudrait encore rejeter la clause de constitut comme dangereuse et inutile. Dangereuse, parce que bien souvent cette clause permet au donataire d'agir contre le donateur pour lui réclamer les fruits perçus depuis la donation, ce qui, par suite de l'hypothèque, conférée au donataire, grâce à l'authenticité de l'acte, serait très préjudiciable aux héritiers et créanciers du donateur; inutile parce que, dans l'usage, la clause de rétention d'usufruit suffit à donner au disposant la faculté de retenir, s'il le désire, la possession et la jouissance de la chose donnée.

Cette théorie nous semble difficilement acceptable. Sans doute, dans certains cas de donation avec

(1) Ferrières, loc. cit., n° 27.

clause de constitut, le donataire pourra réclamer les fruits au donateur. Peut-être les créanciers ou héritiers de ce dernier éprouveront-ils de ce fait un certain préjudice, mais ils ne pourront s'en prendre qu'à eux, car il leur était facile, grâce à la nécessité de l'insinuation, d'avoir connaissance de l'acte de donation, partant de l'hypothèque du donataire. Il est incontestable, d'autre part, que, bien souvent, les notaires employaient dans leurs formules les mots « constitut » et « précaire ». On trouve fréquemment dans les anciens actes de donation la clause suivante : « Ledit donateur s'est réservé l'usufruit sa vie durant, seulement pour en jouir viagèrement, à titre de constitut et de précaire, sous le nom dudit donataire. » Une telle formule, on ne peut le nier, peut devenir la source d'une foule de difficultés. Au cas de précaire, en effet, le donataire a le droit d'expulser à son gré le donateur, ce qu'il ne peut faire lorsqu'est insérée, en faveur de ce dernier, une clause de rétention d'usufruit. Mais cette contradiction, relevée par Auzanet, prouve justement l'utilité des clauses de constitut et de précaire à côté de la clause de rétention d'usufruit.

Nombre de Coutumes, admettant la tradition feinte, donnent une énumération des clauses qu'elles reconnaissent. Cette énumération, comme dans les Coutumes d'Orléans et de Paris, comprend souvent les trois clauses de rétention d'usufruit, de constitut ou de précaire. Parfois aussi elle se borne à la seule clause de rétention d'usufruit. (Melun, art. 221.

Troyes, art. 138. Vitry, art. 112.) Doit-on considérer ces énumérations comme limitatives ou faut-il, au contraire, décider que toute espèce de tradition feinte suffit pour empêcher la donation de tomber sous le coup de la règle « donner et retenir ne vaut » ?

Ricard (1) est d'avis qu'il faut accepter sans exception tous les modes indiqués par le Droit romain. Il se fonde sur ce que l'esprit des Coutumes a été de dispenser les parties de la tradition réelle, en reproduisant une disposition romaine. Or, comme il est certain que la renaissance du Droit romain en France a puissamment contribué à l'établissement de l'usage de la tradition feinte, il faut, dit-il, en conclure que les cas de tradition fictive, indiqués au Digeste et au Code, peuvent être employés dans les Coutumes où la tradition feinte était admise, même pour un seul cas déterminé.

Pothier (2) semble partager cette opinion, puisque, dans son Commentaire de la Coutume d'Orléans, outre le constitut, l'usufruit et le précaire, il admet la rétention de l'héritage donné à titre de ferme ou de loyer, la remise des clefs au donataire, la mise en possession de ce dernier au vu et au su du donateur, la réception des titres de propriété, bref tous les cas prévus au Digeste par les lois 18, de acquirenda possessione, 77 de rei vindicatione et 44 de contrahenda emptione.

(1) Ricard, traité des donations, éd. 1701, t. I, part. I, ch. IV, sect. II, dest. 2, n° 940 et suiv.

(2) Œuvres de Pothier par Bugnet, Cout. d'Orléans, t. I. titre XV, des don. entre vifs, art. 284, p. 399.

Un arrêt, rendu en l'audience de la Grande-Chambre par le Parlement de Paris le 1^{er} août 1652 (1), pourrait faire croire que la jurisprudence s'était conformée à cette opinion. Cet arrêt confirme une donation de biens situés en Nivernais, donation dans laquelle il n'y avait pour toute tradition qu'une constitution de précaire, « étant observé, dit Ricard, que la Coutume du Nivernais ne reconnaît comme tradition feinte que la rétention d'usufruit et ne parle ni de précaire ni de constitut » (2).

Malgré l'incontestable autorité de Ricard et de Pothier, nous ne croyons pas qu'il faille admettre, sans distinction, la doctrine soutenue par eux.

Certaines Coutumes indiquent d'une façon suffisamment claire que les clauses citées par elles ne sont données qu'à titre d'exemple. C'est le cas notamment de la Coutume du Nivernais, dont l'article 2 du chapitre XXVII est ainsi conçu : « Donner et retenir ne vaut s'il n'y a tradition actuelle des choses données ou chose équipollente à tradition comme rétention d'usufruit. » Les Coutumes de Sens (art. 108) et d'Étampes (ch. XII, art. 146) contiennent des dispositions similaires. Dans les provinces, régies par de telles Coutumes, nous ne faisons aucune difficulté pour admettre que toute manière de faire la tradition feinte était bonne pour rendre valable la donation entre vifs. Guy Coquille (3) le fait très bien remarquer, ces mots

(1) Ricard, loc. cit., n° 943.

(2) Buridan, sur l'art. 229 de la Cout. de Reims, n° 15.

(3) Œuvres de Coquille, éd. 1703, Cout. du Niv., ch. 27, art. II, p. 268.

« équipollents à tradition » posent en règle générale qu'il y a tradition feinte chaque fois que le droit, retenu par le donateur est incompatible avec la propriété, en vertu du principe que « nulle chose ne peut devoir servitude à celui qui en est propriétaire ».

Mais la question doit recevoir une tout autre solution dans les Coutumes qui, à l'exemple de celles de Paris et d'Orléans, donnent une énumération limitée des cas de tradition feinte, sans indiquer, d'une façon certaine, que c'est seulement à titre d'exemple. Il faut alors interpréter le texte d'une façon restrictive. On sait, en effet, qu'à l'origine la totalité des coutumes n'admettait que la tradition réelle. Si plus tard, grâce à des subtilités juridiques, on fut amené dans certaines provinces à reconnaître la validité de quelques cas de tradition feinte, ce ne fut jamais qu'à titre d'exception. Or c'est un principe incontesté que les exceptions à une règle générale doivent s'interpréter restrictivement. Il faut en conclure que, dans d'assez nombreuses provinces, la tradition ne peut valablement avoir lieu que par les modes expressément prévus par le texte. C'est ainsi qu'il faut décider qu'à Paris et à Orléans, la règle « donner et retenir ne vaut » n'était pas suffisamment observée, quand le donateur déclarait retenir la chose donnée à titre de dépositaire ou de commodataire, car les coutumes, qui régissaient ces provinces n'admettaient que les trois clauses de rétention d'usufruit, de constitut et précaire.

Le plus grand nombre des cas de tradition

feinte, servant à éviter la tradition, fut emprunté au droit romain. Outre les trois clauses mentionnées par les coutumes de Paris et d'Orléans, on peut citer, parmi les plus fréquemment employées, celles d'après lesquelles le donateur convient de garder la chose à titre de dépositaire, de commodataire ou de créancier gagiste.

On admettait à Rome que la livraison de l'instrument de la donation équivalait à la remise de l'objet lui-même. On présumait qu'en abandonnant le titre de donation au donataire, le disposant avait voulu manifester son intention de ne garder et posséder la chose qu'au nom du donataire. En était-il de même dans l'ancien droit pour les coutumes dans lesquelles ne se rencontrait pas une énumération restrictive des cas de tradition feinte ?

Ferrières nous apprend que la remise au donataire du titre de donation n'était regardée, dans aucune province, comme l'équivalent d'une tradition réelle ou simulée. Le donateur conservait-il la possession de la chose donnée après la remise de l'acte, il était censé donner et retenir, à moins toutefois que le donateur n'intentât contre lui une action dans un délai assez court, laissé à l'appréciation des Parlements et dépendant des circonstances.

La loi 7 du Code, de donationibus, assimilait également à la tradition réelle l'enregistrement de la donation sur les registres du censeur. C'était,

paraît-il, un moyen pour le donataire d'acquérir la possession. Rien de semblable n'existait dans nos anciennes coutumes et, malgré l'opinion de certains commentateurs, nous nous refusons à voir dans le nantissement, le vest de vest un mode de transmission analogue à l'inscription sur les registres du censeur. En effet, comme nous l'avons vu plus haut, la saisine ou l'inféodation par le seigneur n'était pas par elle-même un mode de tradition, car elle n'entraînait pas nécessairement le dessaisissement complet du donateur, qui, malgré cette formalité, pouvait très bien rester en possession. Du reste la coutume de Senlis, type des coutumes de tradition réelle, voyait dans le nantissement, non pas un cas de tradition feinte, mais un transfert matériel de la possession, à condition toutefois qu'elle ait été précédée de la « dessaisine baillée par le donateur ».

Il semble que si l'on veut absolument trouver, dans nos anciennes coutumes, des traces de l'enregistrement sur les registres du censeur, c'est à l'article 278 de la coutume d'Orléans qu'il faut se reporter. A côté des trois clauses de rétention d'usufruit, de constitut et de précaire, cette coutume admet en effet la tradition par la clause de dessaisine saisine, insérée dans un acte authentique. « Dessaisine et saisine, dit l'article 278, faite présent notaire de cour laye de la chose aliénée valent et équipolent à tradition de fait et posses-

sion prinse de la chose sans qu'il soit requis autre appréhension. »

Il résulte de cet article que trois conditions étaient requises pour la validité d'une pareille clause.

Il fallait d'abord que la déclaration, entraînant dessaisine saisine, eût lieu par devant notaire. C'était donc une clause solennelle. Pothier (1), pour cette raison, se croit autorisé à la comparer à l'in jure cessio du droit romain. Certes ces deux modes de transfert de possession se ressemblent en plusieurs points, notamment en ce que, pour tous les deux, il fallait la présence d'un officier public : juge à Rome, notaire à Orléans. Mais il ne paraît pas qu'il y ait là une raison suffisante, pour chercher dans l'in jure cessio le fondement et le modèle de la clause de dessaisine saisine. Des différences trop importantes les séparent. Différences de forme d'abord : l'in jure cessio se présente à Rome sous la forme d'un procès, la clause de dessaisine saisine n'est au contraire qu'un consentement officiellement constaté. Différences de but en second lieu, car l'in jure cessio suffit à elle seule pour transférer la propriété, lors même que l'acquéreur n'est pas mis en possession ; quant à la clause de dessaisine saisine, elle ne peut jamais avoir cet effet et sert tout au plus à remplacer la tradition ou mise en possession réelle.

Une seconde condition était exigée pour qu'il

(1) Œuvres de Pothier par Bugnet, traité des donations, t. VIII, sect. II, art. II, n° 74, p. 375.

y ait tradition par la clause de dessaisine saisine. Le donateur devait au moment de l'acte être véritablement en possession de l'immeuble donné. La clause de dessaisine saisine est, en effet, une fiction, c'est-à-dire une image de la vérité, or comment imaginer la dépossession de quelqu'un qui n'est pas en possession.

Enfin il fallait en dernier lieu que la clause fût suivie d'un délaissement réel de l'héritage par l'ancien propriétaire. L'acte n'aurait aucune valeur conformément à la règle « donner et retenir ne vaut, » si le donataire tolérait que le donateur restât en possession par la suite. Peut-être cette exigence d'un délaissement réel nous autoriserait-elle à croire, malgré l'autorité de Pothier, que la clause de dessaisine saisine n'est pas réellement une espèce de tradition feinte, mais plutôt une simple promesse de tradition réelle.

La clause de dessaisine saisine était particulière à la Coutume d'Orléans. Elle n'était pas admise dans les autres provinces, du moins pour parfaire la donation entre vifs. La Thaumassière le dit d'une façon aussi formelle que possible. « Quoique, dans les contrats de vente et aliénation, saisine et dessaisine, faite en présence du notaire, équipolle à tradition de fait, néanmoins, en matière de donation entre vifs, la tradition réelle ou la feinte par rétention d'usufruit, par constitut ou précaire, est absolument requise à cause de la règle « donner et retenir ne vaut » (1).

(1) Coutume de Lorris, ch. XI, art. 5.

Une question délicate se posait dans toutes les Coutumes admettant la tradition feinte. C'était celle de savoir si les clauses par lesquelles on suppléait la tradition réelle pouvaient être valablement employées, au cas de donation d'objets mobiliers.

Duval (1) soutenait que, seule, la tradition réelle et actuelle pouvait s'appliquer aux meubles. Il fondait cette opinion sur le principe que les meubles n'ont pas de suite. La Coutume de Sedan avait adopté ce système; « les donations de meubles, dit l'article 113, ne sont pas valables dans la tradition réelle des choses données. »

D'autres auteurs, s'appuyant sur ce que les donations de meubles ne sont jamais considérables, pensaient que la règle « donner et retenir ne vaut » ne leur était pas applicable.

Mais ces solutions extrêmes sont repoussées par la plupart des anciens commentateurs (2). Ils sont presque unanimes à décider que, si la Coutume ne contient pas de disposition spéciale à la donation mobilière, il faut la soumettre aux mêmes règles que la donation d'immeubles et la déclarer parfaite par les mêmes modes de tradition feinte. On ne voit, en effet, aucune raison de suivre des règles différentes quand il s'agit de meubles, puisqu'ils peuvent, tout aussi

(1) Duval, de rebus dubiis, tract. 2, voir Ricard, des donations, t. I, part. I, n° 958 et suiv.

(2) Ferrières, sur la cout. de Paris, art. 275, n° 8, 9 et 10.

Dumoulin, sur l'art. 161 de l'ancienne Cout. de Paris.

Furgole, ord. de Louis XV sur les don., éd. de 1775, p. 132.

bien que les immeubles, faire l'objet d'un usufruit, d'un précaire ou d'un constitut.

La maxime « les meubles n'ont pas de suite » ne peut servir d'argument contre ce système. Elle vise uniquement le cas où le propriétaire, détenteur ou possesseur des meubles, les a mis hors de ses mains ; mais ne s'applique pas quand ils sont aliénés par celui qui les possède au nom d'autrui, c'est-à-dire par un possesseur de mauvaise foi. Dans ce dernier cas, le droit de suite existe. L'article 171 de la Coutume de Paris déclare qu'il a lieu en vertu d'une simple gagerie au profit du propriétaire de la maison pour les meubles qui la garnissent. A plus forte raison faut-il l'admettre si le possesseur, qui a perdu la propriété par la donation, les a aliénés de mauvaise foi. Le donataire peut alors les revendiquer, pourvu qu'il ne laisse pas s'écouler un délai par trop considérable.

Toutefois le donataire, qui laisse à son donateur la possession des meubles donnés, soit à titre d'usufruitier, soit à titre de précariste ou de concessionnaire, doit se ménager la faculté de les recouvrer au décès de ce dernier. Il n'aurait bien souvent aucun moyen de reconnaître ses meubles, confondus dans le patrimoine du possesseur, s'il ne les avait auparavant déterminés au moyen d'un inventaire. C'est pourquoi Ricard (1) décide que l'existence d'un inventaire, fait au moment de la donation, rendue

(1) Ricard, traité des donations, éd. 1701, t. I, part. I, ch. IV, dist. I, n° 959.

parfaite par une simple tradition feinte, est la condition essentielle de toute action en revendication, intentée par le donataire contre le donateur, reste en possession des meubles donnés.

L'article XV de l'ordonnance de 1731 consacre l'opinion de Ricard dans les termes suivants : « Si la donation entre-vifs renferme des meubles ou effets mobiliers, dont elle ne contient pas une tradition réelle, il en sera fait un état, signé des parties, qui demeurera annexé à la minute de ladite donation. »

Le motif, qui poussa les rédacteurs de l'ordonnance à exiger l'annexion au titre de la donation d'un état détaillé des meubles donnés, c'est sans doute la facilité avec laquelle ces meubles pouvaient être divertis. En effet, sans cette précaution, le donateur, en cachant ou en détruisant les meubles, qui ont fait l'objet de la libéralité, mais dont il conserve la possession, pourrait, sans courir le moindre risque, diminuer à son gré la valeur de la donation, absolument comme s'il avait eu soin d'insérer à l'acte une condition purement protestative.

Bref, d'après l'article XV de l'ordonnance de 1731, la tradition feinte et leg. le n'empêche pas la nullité de la donation, quant aux meubles qui n'ont pas été inventoriés de telle façon que leur quantité et leur qualité soient exactement constatées. Le donateur veut-il se réserver l'usufruit sur les meubles donnés ou bien les retenir à titre de constitut ou de précaire, il le peut certainement, pourvu qu'il

ait soin de joindre à l'acte de donation un état ou un inventaire. A cette condition, il semble même qu'il pourrait conserver le mobilier sans avoir besoin de recourir aux cas de tradition feinte. Peut-être, en ce sens, pourrait-on dire, que l'article XV a rompu avec le système, soutenu par Duval, en repoussant l'application que faisait ce juriste de la règle « les meubles n'ont pas de suite ».

N'allons pas croire toutefois que cette règle ne produisait aucun effet, quand le donateur s'était permis d'aliéner les meubles inventoriés, dont il avait gardé la jouissance. Si le nouvel acquéreur de ces meubles en avait versé le prix entre les mains du donateur, le donataire pouvait évidemment les revendiquer, mais nous pensons qu'il devait en rembourser le prix à l'acheteur évincé sauf, bien entendu, son recours contre le donateur de mauvaise foi. L'acheteur est en effet de bonne foi et combat *de damno vitando*, tandis que le donataire se borne à poursuivre l'exécution d'une libéralité et combat *de lucri captando*. Ce serait donc à lui à courir le risque de l'insolvabilité du donateur.

Nous venons de voir que, d'après l'article XV de l'ordonnance de 1731, toute donation mobilière, pour être valable, devait être accompagnée, soit d'une tradition réelle de la main à la main, soit à son défaut et pour la remplacer, d'un inventaire des objets donnés. Ces dispositions paraissent uniquement fondées sur l'irrévocabilité de la donation entre vifs. Mais dans l'esprit de son auteur,

l'ordonnance devait recevoir son application dans tout le royaume. Dès lors se posait nécessairement la question, importante à éclaircir, de savoir si la règle de l'irrevocabilité, telle que la comprenait nombre de coutumes, ne devait pas être étendue à toutes les provinces et notamment aux pays de droit écrit, qui, on le sait, admettaient, à l'exemple du droit romain, la validité du simple acte de donation.

A priori, ce problème paraissait devoir être résolu dans le sens de l'affirmative, car en exigeant pour les donations de meubles une tradition réelle ou un état, destiné à y suppléer, l'ordonnance semblait avoir voulu rendre nécessaire, dans tous les cas, une tradition de fait ou de droit.

L'avis général était pourtant que l'article XV de l'ordonnance n'avait pas introduit ces formalités dans les pays de droit écrit. A l'appui de cette opinion, Furgole faisait remarquer qu'aucune disposition expresse de l'ordonnance n'exigeait la tradition et que l'article XV, le seul du reste qui parle de la délivrance, avait simplement pour but de déterminer par un état, signé des parties, les meubles faisant l'objet de la donation, afin qu'ils ne fussent pas laissés à la disposition complète du disposant. De plus, même en admettant que certaines dispositions de l'ordonnance aient été motivées par la nécessité de la tradition, il n'en

Furgole, *comm. sur l'art. 15 de l'ord. de 1731*, éd. de 1773, p. 135.

faudrait pas conclure à l'extension à tout le royaume de la règle « donner et retenir ne vaut » ; car on ne doit pas, suivant le sentiment des interprètes, étendre hors des cas où elle s'applique la raison des dispositions : *in correctoriis non est licita extensio*. Pour ces motifs on admettait donc, à tort ou à raison, que l'article XV, par dérogation aux autres prescriptions de l'ordonnance, avait uniquement pour but de trancher des controverses pour lesquelles la jurisprudence des Parlements n'était pas fixée et n'apportait aucune modification aux règles de la donation entre-vifs, suivies en pays de droit écrit.

Il est important de ne pas confondre avec les clauses de tradition feinte divers modes, employés par nos anciens jurisconsultes pour remplacer la délivrance, quand l'objet de la donation n'était pas matériellement susceptible de tradition proprement dite.

D'après les articles 274 de la coutume de Paris et 283 de la coutume d'Orléans, la tradition réelle ou feinte semblait être exigée d'une façon absolue pour la validité de la donation. Aucune exception n'était apportée à cette règle. Mais certains meubles, comme les créances, les rentes, les actions et, en général, les droits incorporels ne sont pas susceptibles de tradition. Il en est de même des immeubles, dont le propriétaire n'est pas en même temps le possesseur. Fallait-il à cause de la maxime décider que ces biens devaient être exclus de toute dona-

tion entre-vifs ? Nullement, car la pratique avait de bonne heure trouvé moyen de se conformer à l'esprit de notre règle, sinon à sa lettre.

Au cas de donation d'un immeuble, possédé par un tiers, on s'accordait à reconnaître que la signification du titre, faite au possesseur par le donataire, avec assignation de délaisser, tenait lieu de la tradition du droit de revendiquer l'héritage. Aucune difficulté n'avait surgi sur ce point ; mais certaines divergences s'étaient produites entre les commentateurs sur la manière de suppléer à la tradition, quand l'objet de la donation consistait en un droit incorporel.

D'après Bourjon (1) et Ricard (2), la seule remise du titre suffisait à remplacer la tradition, sans qu'il fût besoin d'y joindre d'autres formalités. La règle « donner et retenir ne vaut » disent-ils, est satisfaite, quand le donateur s'est dépouillé irrévocablement et que le donataire a acquis un droit irrévocable. Or, ce droit, il en est nanti aussitôt que la donation, déjà translatrice de propriété, a été accompagnée de la remise du titre de créance. Exiger autre chose, ce serait ajouter à la loi.

Malgré l'incontestable autorité de Ricard et de Bourjon, leur avis, il faut le reconnaître, fut loin d'être partagé par la généralité des auteurs. Les Parle-

(1) Bourjon, droit commun de la France, éd. 1770, t. II, liv. IV, tit. IV, des don. entre vifs, part. IV, ch. 3, sect. 3, IX.

(2) Ricard, t. I, part. I, ch. IV, sect. II, dist. I, n° 965.

ments semblent avoir également appliqué une doctrine toute différente (1). Généralisant une disposition de l'article 108 de la Coutume de Paris, ils ne considéraient le donataire comme saisi de la créance à lui donnée qu'après une signification au débiteur cédé. Sans cette formalité, la tradition n'était pas censée accomplie et la donation était nulle. Si le donateur venait, dans la suite, à transporter de nouveau à un tiers la créance ou la rente déjà donnée, il l'en rendait propriétaire au préjudice du premier donataire.

Il faut toutefois faire observer que cette théorie n'était pas applicable aux donations de rente foncière. En effet, le droit, réservé par le propriétaire, qui donne un bien en bail à rente, est un droit réel, par lequel la propriété est pour ainsi dire démembrée. Ce droit, par conséquent, participe de la nature de l'héritage et peut, comme lui, être soumis à la tradition réelle ou feinte. Il n'y avait dès lors aucun besoin de recourir, pour simuler une livraison, au moyen détourné de la signification au débi-rentier.

Une difficulté se présentait au cas où le donateur voulait donner une rente créée sur ses biens propres en faveur du donataire. Dans ce cas, la donation ne pouvait se parfaire ni par la tradition ni par la signification au débiteur, qui n'était autre que le donateur lui-même.

On distinguait, pour résoudre cette question, suivant que la donation était faite sans terme ou avec

(1) Arrêts du 11 fév. 1732 et du 25 fév. 1755, cités par Denizart au mot donation.

terme. Si la donation était faite sans terme, il suffisait pour qu'il y ait tradition que le donateur se dessaisît de ses biens jusqu'à concurrence de la rente et que le donataire fût en droit de la percevoir au jour de son échéance (1). Si, au contraire, elle était à terme, on admettait que le donateur pouvait rester en possession à la seule condition d'insérer dans l'acte de donation une clause de tradition feinte. Toutefois, pour la Coutume de Senlis et les autres Coutumes de tradition réelle, Ricard soutenait qu'il était absolument nécessaire que le donataire prit saisine sur les biens du donateur, mais Bourjon (2), repoussant cette solution, était d'avis que la charge imposée par le donateur sur ses biens valait tradition.

§ II. — De l'irrévocabilité

Nous avons vu plus haut, en traitant de la portée de la règle « donner et retenir ne vaut » comment les plus éminents jurisconsultes du XVIII^e siècle en étaient arrivés à confondre presque entièrement cette maxime avec le principe que les donations entre vifs sont essentiellement irrévocables. Passant sous silence la nécessité de la tradition, qui du reste appartenait plus au passé qu'au présent, ils s'étaient attachés à tirer avec une précision rigoureuse les conséquences de ce caractère d'irrévocabilité de la donation entre vifs. Ils avaient été ainsi peu à peu

(1) Ricard, loc. cit. n^o 963.

(2) Bourjon, t. II, tit. IV, 4^e part., ch. III, sect. 3, n^o 13.

amenés à poursuivre avec la plus extrême diligence, tous les moyens quels qu'ils fussent, grâce auxquels le donateur pouvait se réserver la faculté de porter dans l'avenir atteinte à son acte de libéralité.

Cette insistance paraît, au premier abord, d'autant plus difficile à justifier, qu'il ne semble pas que la règle « donner et retenir ne vaut » ait jamais, dans l'ancien droit, apporté, à propos de l'irrévocabilité de la donation, une dérogation au droit commun. N'a-t-il pas en effet toujours été de règle que la condition potestative de la part du débiteur vicie le contrat subordonné à la seule volonté de celui qui s'oblige ? L'obligation, étant essentiellement un lien de droit, que resterait-il de ce *vinculum juris* si l'accomplissement du fait ou de la donation promise dépendait uniquement du bon vouloir de l'obligé ? Il est de toute évidence qu'une telle condition ferait obstacle à la naissance du contrat. Ne pas le reconnaître serait nier la théorie des obligations.

Mais là se bornent les exigences des principes juridiques en matière d'obligation. Il ne semble pas que les anciennes lois coutumières aient été plus loin dans la donation entre vifs. Tout, au contraire, nous porte à croire qu'à l'origine l'irrévocabilité de la donation ne différerait en rien de celle exigée pour la validité des autres engagements. Il n'était pas contraire à sa nature qu'elle fût révocable sous quelque condition casuelle ou

mixte, pourvu que l'arrivée de cette condition ne fût pas uniquement subordonnée à la volonté du donateur. Telle est du moins la doctrine qui semble résulter de l'examen des principaux ouvrages de droit, composés antérieurement à l'époque de la rédaction des coutumes.

Parmi ces monuments de l'ancien droit, il faut mettre au premier plan la coutume, rédigée en 1224 par ordre de Thibaud, comte de Champagne. Cette Coutume, de beaucoup la plus ancienne, est la première à poser la règle « donner et retenir ne vaut ». Elle se borne à exiger, par application de cette maxime, la nécessité de la tradition sans faire aucune allusion à la condition d'irrévocabilité. « Il faut, dit l'article 44, que l'homme et la femme qui donnent à un autre une maison ou un héritage s'en dévestent par justice et l'en revestent par justice.... qu'ils li quittent et li donnent quanques il i ont, et toutes voies li devesteres retient et en demeure saisis, sans ce qu'il en paie loyer, ne nulle redevance à celui à qui aura fait li don, li don ne vaudra rien contre loir dou mort pource que par droit commun et par Coutume de Champagne, donnens et retenirs ne vaut riens. »

Cette doctrine se trouve également exposée dans le grand Coutumier de Charles VI (1), qui va jusqu'à assimiler entièrement, au point de vue de l'irrévocabilité, les contrats de donation et de vente.

(1) Liv. II, C. 28, Voir A. Desjardins, *Revue Crit.*, année 1868, p. 227.

Quant à Bracton (1), il est plus explicite encore. Il nous dit en termes formels : « *Potest donator ante traditione mutare voluntatem quum imperfecta sit donatio et possessionem retinere corpore et animo.* »

Observons en outre que c'est seulement dans leur seconde rédaction qu'un grand nombre de Coutumes, comme celles de Sens, d'Auxerre, de Paris et d'Orléans, font pour la première fois mention de la règle de l'irrévocabilité.

Il ne faudrait pas croire, malgré les quelques témoignages cités plus haut, que tous les ouvrages de l'ancien droit gardent le même silence sur le caractère d'irrévocabilité de la donation entre-vifs. Certes ce serait là une erreur incontestable; mais ce que l'on peut avancer en toute certitude, c'est que nulle part cette irrévocabilité n'est représentée comme si essentielle qu'il ne soit pas permis d'y déroger. Dans l'Abrégé du livre des assises de la Cour des Bourgeois (2), on va même jusqu'à autoriser les parties à convenir la révocabilité de la donation au gré du donateur. Voici, du reste, le texte même du passage auquel nous faisons allusion « une autre manière de dons, laquelle choze a este faite et se peut faire, c'est assaver : celui qui donne son héritage le peut donner à son rapiau. Rapiau vaut tant à dire que le don que il a fait, il le peut rapeler et recovrer celui héritage toutes fois que il vodra et par la court.

(1) Liv. II, c. 18, n° 2, fol. 40.

(2) Voir A. Desjardins. Revue critique, 1868, t. 33, p. 253.

the first of these is the fact that the
the second is the fact that the
the third is the fact that the

the fourth is the fact that the
the fifth is the fact that the
the sixth is the fact that the
the seventh is the fact that the
the eighth is the fact that the

the ninth is the fact that the
the tenth is the fact that the
the eleventh is the fact that the
the twelfth is the fact that the
the thirteenth is the fact that the

the fourteenth is the fact that the
the fifteenth is the fact that the
the sixteenth is the fact that the
the seventeenth is the fact that the
the eighteenth is the fact that the

the nineteenth is the fact that the
the twentieth is the fact that the

du droit romain eut introduit avec les clauses de tradition feinte, des adoucissements considérables à la nécessité du délaissement réel, que l'attention des commentateurs fut attirée sur la seconde signification de notre maxime. On continuait alors par la force de l'habitude à considérer comme un axiome le fameux brocard « donner et retenir ne vaut ».

C'est sans doute pour trouver un sens à cette règle qui, en n'exigeant plus la tradition, avait perdu toute signification, que les auteurs furent fatalement amenés à insister sur le caractère d'irrévocabilité. Ils exigèrent ainsi avec plus de rigueur cette condition dans la donation que dans les autres contrats. Les Coutumes, rédigées sous cette influence, annulèrent les libéralités faites sous certaines clauses les mettant indirectement à la merci du donateur, telles que la charge de payer les dettes futures ou les conditions simplement potestatives.

En résumé, s'il est vrai que, de tout temps, l'irrévocabilité fut regardée comme de la nature de la donation entre vifs, c'est seulement dans les soixante-dix ans qui s'écoulèrent entre la première et la seconde rédaction des Coutumes que l'on s'habitua peu à peu, sous l'influence de la règle « donner et retenir ne vaut », à la considérer comme étant de l'essence de la donation. L'évolution était achevée au moment de la promulgation de l'ordonnance de 1731. Elle explique la facilité avec laquelle les jurisconsultes, chargés de commenter ses articles, tirèrent de quelques dispositions, émises par le législateur, une théorie d'après

laquelle ils attribuèrent, comme nous l'avons vu, à la donation un caractère spécial d'irrévocabilité. On ne peut nier qu'à la fin du XVIII^e siècle cette théorie ait été acceptée à la fois de la doctrine et de la jurisprudence, mais nous ne pensons pas que ses partisans puissent à bon droit la faire reposer sur l'ordonnance de Louis XV. On peut, en faveur de cette opinion, tirer argument des paroles de d'Aguesseau, qui ne cesse de souligner dans ses lettres et de faire ressortir la parfaite concordance de la loi avec les règles du Droit romain, règles d'après lesquelles on devait se borner à réclamer, dans la donation, le même degré d'irrévocabilité que dans les autres conventions. « On peut dire que par rapport à ce qui fait le sujet de la nouvelle ordonnance, c'est dans les lois romaines que les pays, qui se régissent par les coutumes, ont puisé les principes généraux qui y sont suivis ». Mais, objectera-t-on, il n'y a là qu'une appréciation plus ou moins juste des règles, posées dans les coutumes, à propos de l'irrévocabilité de la donation entre vifs. C'est vrai, mais si telle est l'opinion de d'Aguesseau sur la valeur de la règle « donner et retenir ne vaut » dans l'ancien droit, comment admettre que, dans son ordonnance, il ait voulu donner une force nouvelle à une théorie à son avis erronée ? Du reste, dans une autre de ses lettres, il se prononce à ce sujet d'une façon aussi formelle que possible : « il n'y a certainement rien, dans la nouvelle loi, qui soit contraire ni

à l'esprit ni aux plus purs principes du droit écrit » (1).

Certes il est impossible, dans l'interprétation de l'ordonnance, de ne pas tenir compte d'une intention de l'auteur aussi précise. Mais en admettant que cet argument ne soit pas suffisant pour combattre l'opinion contraire des plus éminents jurisconsultes, une analyse succincte des dispositions que l'on prétend issues du principe spécial de l'irrévocabilité, va nous montrer que chacune d'elles peut fort bien s'expliquer au moyen des lois communes à toutes les conventions et qu'il est dès lors inexact d'en tirer argument pour soutenir qu'en les émettant l'ordonnance a reconnu implicitement cette fameuse règle d'irrévocabilité, spéciale à la donation et lui servant pour ainsi dire de caractéristique.

L'article XV de l'ordonnance commence par annuler la donation de biens à venir. « Aucune donation entre vifs ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au donateur dans le temps de la donation ».

Point n'est besoin d'invoquer pour expliquer cette décision le défaut d'irrévocabilité, car il est de toute évidence qu'elle s'imposait d'elle-même, en vertu de cet axiome qu'on ne peut disposer de ce qu'on n'a pas.

Quant à la donation simultanée de biens pré-

(1) Œuvres de d'Aguesseau. Paris, Faustin et C^{ie}, éd. 1819, t. XII. Correspondance officielle 3. Lettre du 21 avril 1731, p. 294.

sents et de biens à venir, il semble à première vue que le même motif commandait de ne frapper de nullité que la disposition concernant les biens à venir. En déclarant cette libéralité nulle pour le tout, l'ordonnance semble donc avoir sacrifié au courant d'opinion auquel nous avons fait allusion. Mais d'autres raisons militent en faveur de cette solution et suffisent à l'expliquer. Il était en effet admis, dans l'ancienne législation, que le donataire d'un patrimoine se trouvait tacitement grevé de tout son passif. Or, cette charge, forcément indéfinie à l'instant de la donation, puisqu'elle embrassait à la fois les dettes présentes et futures, ne pouvait être valablement acceptée par l'une des parties contractantes. L'obligation contractée par le donataire n'ayant ainsi aucune valeur, celle du donateur se trouvait également frappée dès sa naissance.

Le même raisonnement s'applique à la règle de l'article XVI, d'après laquelle on fait une donation nulle quand on donne ses biens présents à charge pour le donataire de payer les dettes qu'on contractera par la suite.

La règle d'irrevocabilité, applicable à toute espèce d'obligation, suffisait à justifier cette autre disposition du même article, qui ne reconnaissait aucune efficacité à la donation, « faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur ».

Jusqu'ici, on le voit, rien ne justifie la théorie qui impose à la donation une irrevocabilité exceptionnelle.

Aussi est-ce ailleurs qu'il nous faut rechercher le motif qui poussa le législateur à réduire la donation faite sous la réserve de grever le donataire du paiement de certaines dettes déterminées. Ce motif, qui n'a rien à voir avec le principe d'irrévocabilité, n'est autre, ce nous semble, que le désir d'avantager les héritiers au préjudice du donataire.

S'il en est ainsi, une conclusion s'impose. Puisque toutes les dispositions, que l'on regarde généralement comme inacceptables sans la règle exceptionnelle de l'irrévocabilité, ne sont au fond que des conséquences logiques des principes ordinaires du droit, il nous est permis de croire que cette règle d'irrévocabilité si contraire au droit commun n'a jamais été admise par l'ordonnance de 1731.

CHAPITRE II

Conséquences de la règle « donner et retenir ne vaut »

Les anciennes coutumes d'Orléans et de Paris laissent à la jurisprudence et à la doctrine le soin de tirer les conséquences de la règle « donner et retenir ne vaut. » Les autres coutumes se contentent d'insister tantôt sur l'une d'elles, tantôt sur une autre ; mais il n'en est aucune qui se soit attachée à donner une théorie générale de cette matière. Aussi sommes-nous forcés de chercher, parmi nos anciens auteurs, un guide à travers ce sujet. Ricard est celui qui, dans son *traité sur les donations*, étudie la question de la façon la plus approfondie. Nous allons, à son exemple, étudier l'application de notre maxime dans différentes espèces de donation sur lesquelles s'est fait sentir son influence.

Nous essaierons, malgré la diversité des dispositions prises par les diverses Coutumes, de donner une idée générale de la manière dont fut appliqué, dans l'ancien Droit, notre vieux brocard coutumier.

§ I. — Des donations de biens à venir.

Il semble qu'à Rome la donation de biens à venir a été tour à tour prohibée ou tolérée, suivant que la donation était soumise à des formalités et à des conditions plus ou moins rigoureuses.

Si l'on admet que, dans le droit antérieur à la loi Cincia, la donation était parfaite dès qu'une action ou un moyen de défense quelconque avait été acquis au donataire, à l'effet d'en obtenir ou d'en conserver le bénéfice, il est difficile de soutenir qu'on ne pouvait s'obliger à donner des biens destinés, par la suite, à entrer dans le patrimoine du disposant.

Tout autre dut être la solution admise après la loi Cincia. Cette loi exigeant, pour la validité de la donation, le plein dessaisissement du donateur, il est évident que la donation entre vifs de biens à venir fut dès lors impossible. La raison en est qu'on ne peut faire tradition de ce qui n'existe pas.

Justinien, décidant que la seule convention de donner et de recevoir deviendrait par elle-même une cause suffisante d'obligation, il fut dès lors permis de disposer de son patrimoine par donation entre vifs de biens présents et à venir. Ces biens, en effet, pouvant faire l'objet d'un simple pacte ou d'une stipulation, devaient également pouvoir constituer l'objet d'une donation. Toutefois il y avait quelques restrictions à faire si la donation était tellement universelle qu'elle ôtait au donateur la faculté de disposer encore par testament, car on

voyait avec peine quelqu'un se soumettre ainsi à l'ignominie de mourir intestat. C'est pourquoi les tribunaux romains tendaient à présumer la folie de celui qui se dépouillait entièrement.

En France, dans les pays de droit écrit, on ne suivait pas les principes du nouveau droit romain. On fit à ce sujet une distinction ignorée des jurisconsultes romains. La donation pouvait comprendre des biens à venir, quand elle avait lieu au moyen d'une stipulation ou d'une simple convention ; elle ne le pouvait pas, quand elle s'effectuait par tradition, comme cela avait lieu à Rome avant Justinien.

Dans les pays de coutume, au contraire, la jurisprudence fut unanime à décider que la règle « donner et retenir ne vaut » ne pouvait se concilier avec la donation de biens à venir. On ne peut, dit Pothier résumant l'opinion de ses devanciers, donner ses biens à venir, car cette donation pêche par défaut de tradition, puisque le donateur ne peut se dessaisir de ce qu'il n'a pas encore. Le présidial du Chatelet (1) a constamment maintenu cette doctrine, d'ailleurs conforme à l'esprit des Coutumes, qui regardaient la donation universelle comme très préjudiciable aux familles et même aux donateurs.

« Qui le sien donne avant mourir,

« Bientôt s'apprête à moult souffrir. »

(1) Arrêt rapporté par Bardet, t. I, liv. 2, ch. 64, cité par Bourjon, droit commun de la France, t. II, liv. V, tit. IV, 4^e part, sect. IV, n° 14 et suiv.

Néanmoins, au point de vue juridique, on fit à cette solution une objection assez spécieuse. La donation de biens à venir, a-t-on dit, n'est nullement contraire à la règle de l'irrévocabilité et le donateur est suffisamment lié puisqu'il doit laisser sa succession au donataire (1). La réponse est aisée. Pour que la donation soit parfaite, il faut que le donateur se soit entièrement dépouillé des biens donnés. Or, le donateur de biens à venir conserve la faculté de grever les objets donnés des dettes contractées après la donation mais avant l'acquisition. D'ailleurs outre l'irrévocabilité, la règle donner et retenir ne vaut exige surtout qu'il y ait tradition et il est de toute évidence qu'il ne peut y avoir de tradition réelle ou feinte de biens que le donateur n'a pas dans son patrimoine.

Ricard (2) a cherché à justifier l'interdiction de la donation de biens à venir, en faisant abstraction de la règle « donner et retenir ne vaut ». Il invoque en faveur de cette prohibition les deux arguments suivants :

1° Dans une donation de biens à venir, le donateur conserve l'administration et la jouissance de ses biens. Sans doute il donne à entendre par cet acte qu'il préfère le donataire à ses propres héritiers, mais non qu'il préfère le donataire à

(1) Argou. Inst. du droit français, t. II, XI, tit. I, p. 273.

(2) Ricard, loc. cit. n° 973.

lui-même. Or, cette préférence est le but et la raison d'être de la donation.

2. Si la donation de biens à venir était permise, le donataire pourrait acquérir après sa mort. En effet, la donation entre-vifs produit un résultat immédiat. Le donataire acquiert à l'instant un droit sur les objets donnés, droit qu'il peut transmettre à ses héritiers. Or, cela est tout à fait contraire au principe que la donation est un acte de bienfaisance, fait exclusivement en considération de la personne du donataire.

Cette argumentation est plus spécieuse que solide.

Et d'abord est-il bien exact de dire que la donation implique nécessairement, de la part du disposant, qu'il entend se préférer le donataire à lui-même. Nous ne le croyons pas car, pour être conséquent avec un pareil principe, il faudrait refuser au disposant le droit de se réserver l'usufruit des choses données. Or, la grande majorité des Coutumes reconnaissait la validité de la clause de rétention d'usufruit. Pour nous, le véritable caractère de la donation entre-vifs, c'est d'être un bienfait, et ce caractère résulte suffisamment, ce nous semble, de l'acte par lequel le donateur gratifie son donataire d'un droit de propriété, qui, bien qu'à terme jusqu'au jour de sa mort, n'en a pas moins une existence réelle dès l'instant de la donation. Il est vrai qu'en fait on s'accordait à dire que le donateur de biens à venir conservait la faculté de disposer à

titre particulier des biens acquis postérieurement à la donation. S'il en est ainsi, le sacrifice consenti par le donateur paraît se réduire à bien peu de chose. C'est exact, mais on peut répondre encore que le donateur s'est dépouillé en faveur du donataire de son droit de disposer de nouveau de ses biens à titre universel.

Reste donc la seconde objection. Mais le fait que le donataire peut transmettre à ses héritiers les objets donnés, sur lesquels il n'a encore qu'un droit conditionnel, suffit-il à empêcher que la donation, au temps où elle a eu lieu, n'ait pas été faite en considération de la personne du donataire? Non, car le donataire lui-même a été mis en possession d'un droit sur les biens donnés, sinon de ces biens eux-mêmes, et c'est ce droit qu'il a transmis avec son patrimoine.

Quoiqu'il en soit, la règle « donner et retenir ne vaut » est formelle. La prohibition de la donation de biens à venir peut en découler logiquement. Il faut donc l'admettre.

Il nous faut maintenant préciser ce que l'on entend par biens à venir. A notre sens, on devra considérer comme biens à venir ceux qui, au moment de l'acte de donation, ne font en aucune manière partie du patrimoine du donateur, c'est-à-dire, ceux sur lesquels il n'a aucun droit ni aucune action actuelle ou conditionnelle. D'après cette formule, ne seront pas considérés comme biens à venir, mais comme biens présents : les droits acquis au donateur, les actions lui compétant ou pouvant lui compéter à l'arrivée d'une condition,

dont l'effet rétroagira au jour de l'acte établissant le droit ou l'action. Ainsi vous ai-je vendu une terre sous condition suspensive, puis cette condition encore en suspens, en ai je fait donation à Primus, il y a là évidemment donation de biens présents, partant donation valable.

§ II. — De la donation cumulative de biens présents
et à venir

Pothier déclare qu'une donation entre vifs de biens présents et à venir doit toujours être considérée comme inexistante. Il ne fait aucune allusion aux graves controverses dont ce point fut tout particulièrement l'objet dans l'ancien droit. Ce silence n'a rien d'étonnant si l'on songe qu'au moment où fut composé le traité des donations, la question venait d'être tranchée par l'ordonnance de 1731, qui défend « de faire aucune donation de biens présents et à venir, à peine de nullité de ladite donation, même pour les biens présents, et ce encore que le donataire eût été mis en possession du vivant du donateur desdits biens présents en tout ou en partie ».

Mais cette décision si formelle n'avait été prise par l'article XV que pour faire cesser les incertitudes de la doctrine et de la jurisprudence sur la question de savoir quelle était la valeur d'une donation entre vifs de biens présents et à venir.

Deux questions étaient à résoudre. Avant 1731, la

(1) Œuvres de Pothier par Bugnet, traité des don. entre vifs, t. VIII, sect. II, art. II, p. 377.

donation de biens présents et à venir était-elle valable comme donation entre vifs ? Si, conformément à la règle « donner et retenir ne vaut », cette donation devait être regardée comme nulle, le donataire ne pouvait-il diviser les deux parties de l'acte et retenir à titre de donation de biens présents les biens existant lors de la donation dans le patrimoine du donateur ?

Dans les pays de Droit écrit, il est certain que la donation universelle de biens présents et à venir était permise. En effet, la loi 3 (Cod. de Don.) permet de donner l'espérance d'un droit futur, ce qui est incontestablement un bien à venir. Lamoignon, dans un arrêt du 13 août 1722, dit que cette jurisprudence incontestable a été établie par trois arrêts antérieurs de 1702, 1716 et 1718 (1).

La solution de ce problème est loin d'être aussi facile dans les pays coutumiers, où il fallait tenir compte de la règle « donner et retenir ne vaut ».

Quatre coutumes seulement avaient résolu la question en un sens ou en l'autre. Ce sont celles du Bourbonnais, du Berry, d'Auvergne et de Sedan.

L'article 210 de la coutume du Bourbonnais dit que « la donation universelle de tous biens présents et à venir ne vaut ». La coutume du Berry va jusqu'à l'exclure des contrats de mariage. Quant à celle de Sedan, elle admet la validité de la donation des biens présents et à venir, mais seulement quant aux biens, dont le

(1) Ricard : traité des don., éd. 1701, t. I, part. 1, ch. IV, dist. II, n° 975, p. 219.

donataire aura la possession du vivant du donateur. Au contraire, la coutume d'Auvergne déclare dans son article 22 du chapitre XV que « la donation entre vifs de tous biens présents ou à venir, ou de partie, retenue certaine somme de deniers ou partie desdits biens pour en disposer à son plaisir ou volonté est bonne et valable ».

Mais que décider dans les coutumes qui, à l'exemple de celles de Paris et d'Orléans, s'étaient bornées à poser la règle « donner et retenir ne vaut », sans en déduire les conséquences.

Jamais, croyons-nous, la jurisprudence des Parlements ne s'est montrée plus variable qu'à ce sujet. Tantôt un arrêt de la cinquième chambre des enquêtes du 11 janv. 1586 confirme une donation des meubles que le donateur laissera à son décès, à charge pour le donataire de payer les dettes et legs du défunt. Tantôt, au contraire, le parlement de Tours en 1592 considère comme donation pour cause de mort et l'annule une donation mobilière faite dans des conditions identiques. Un arrêt de toutes Chambres du 2 avril 1610, rapporté par Le Prestre, n° 44, vient de nouveau décider qu'une donation de tous les meubles laissés par le donateur à son décès doit valoir comme donation entre vifs. Le 4 janvier 1642, le Parlement se déjuge de nouveau et cette donation n'est plus considérée comme entre vifs, bien qu'elle ait été expressément déclarée irrévocable, acceptée et insinuée (1).

(1) Lonet, lettre D, n° 10, Voir Ricard. Traité des don. éd. 1701, t. I, part I, ch IV, sect. II, dist. II, nos 985 et suiv.

Nous pourrions ainsi multiplier les exemples d'arrêts contradictoires. Ils sont nombreux. Contenons-nous de citer encore un arrêt très important, rendu par la grande Chambre le 2 juillet 1659, arrêt qui ordonne l'exécution d'une donation de tous biens présents et à venir et adjuge au donataire une rente de cent livres dont le donateur s'était réservé la disposition.

Que conclure, sinon que les Parlements se sont trop souvent contredits pour qu'on puisse tirer de leurs sentences une solution certaine. C'est donc dans les ouvrages des principaux commentateurs, qu'il nous faut rechercher la solution de la grande question de savoir quel devait être le sort de la donation de biens présents et de biens à venir. Mais avant d'aborder ce problème, il est bon de voir quelle fut, dans l'ancien droit, la valeur des donations entre vifs, contenant des institutions d'héritiers, car ces donations ont la plus grande analogie avec les donations universelles de tous biens.

Ricard (1) décide sans hésiter qu'en droit les institutions d'héritier, contenues dans une donation entre vifs, ne peuvent jamais valoir, car, dit-il, on ne peut de son vivant transmettre sa succession par des actes irrévocables. Toutefois certains auteurs ont soutenu que l'institution d'héritier faite par contrats entre vifs pouvait parfois subsister à condition d'être confirmée

(1) Ricard : traité des don., t. I, part. I, ch. IV, sect. II, dist I, n° 971.

par serment. Ce raisonnement n'est pas fondé, car il est évident qu'un tel serment n'aurait aucune valeur et ne serait pas obligatoire, puisqu'il tendrait à détruire ce qui a été réglé par la loi.

L'institution d'héritier, contenue dans une donation entre vifs, la fait à peu près se confondre avec la donation de biens présents et à venir. Toutes deux, en effet, épuisent le patrimoine entier du donateur. Par suite de cette ressemblance presque complète, on est, au premier abord, porté à croire que la même solution doit être admise dans les deux cas. Mais ce serait là une erreur, car les deux actes, si semblables qu'ils paraissent, sont loin d'être identiques. Il existe toujours entre eux cette différence essentielle que l'institution fait que l'héritier ne succède pas seulement aux biens du défunt, mais représente aussi sa personne; tandis que le donataire, même universel, ne profite que des biens. Cela suffit pour établir que les raisons invoquées, quand il s'agit de démontrer que l'institution d'héritier ne peut faire la matière et l'objet d'un pacte, sont loin d'être décisives lorsqu'elles tendent à faire annuler les donations entre vifs de tous biens présents et à venir. Que décider dans ce dernier cas?

Les divers commentateurs, qui ont traité ce sujet, ont pris sur ce point des positions nettement tranchées.

Duplessis (1) soutient la validité des donations de biens présents et à venir. Il appuie sa théorie

(1) Duplessis : traité des oblig. entre vifs et testamentaires, livre II, ch. II, sect. IV, page 557.

sur l'article 334 de la coutume de Paris. Cet article a trait au paiement des dettes par les héritiers, légataires ou donataires. Il est ainsi conçu : « Et quand ils succèdent les uns aux meubles, acquets et conquets, les autres aux propres, ou qu'ils sont donataires ou légataires universels, ils sont tenus entre eux de contribuer au paiement des dettes, chacun pour telle part et portion qu'ils en amendent ». Dans ce texte, dit Duplessis, la coutume reconnaît implicitement la validité des donations universelles, puisqu'elle ne fait aucune distinction entre les donations pures et simples et celles insérées dans un contrat de mariage. De plus cette décision n'est pas contraire à la règle « donner et retenir ne vaut » car le donateur est suffisamment lié et dessaisi puisqu'il s'est interdit de disposer à nouveau par legs ou donation postérieure des biens donnés.

Cette théorie nous semble inadmissible. Et d'abord rien ne prouve que par ces mots « donataires universels » l'article 334 n'ait pas eu uniquement en vue les donataires de biens à venir par contrat de mariage. Ensuite, la donation de biens présents et à venir est, comme du reste nous l'avons établi plus haut, tout à fait inconciliable avec les deux éléments de notre règle, savoir : la tradition et l'irrévocabilité. Pourtant Dumoulin semble bien s'être rangé un moment à l'opinion de Duplessis. Dans son explication de l'article 95 de l'ancienne coutume de Paris, il dit

que la donation de meubles et conquefs, que le donateur aura au jour de son décès, peut valoir dans une donation entre-vifs. Mais en expliquant l'article 160 de la même coutume, il abandonne sa première opinion et soutient qu'une telle donation ne peut valoir que si elle a été confirmée par testament, ce qui revient à dire qu'elle ne peut valoir comme donation entre-vifs. Voilà à notre avis, la solution à laquelle il faut se ranger, car il semble qu'en ce qui concerne au moins les biens à venir, la donation entre-vifs doit être annulée (1).

Mais alors se pose le second problème. La donation entre-vifs de biens présents et de biens à venir est-elle nulle pour le tout? Faut-il, au contraire, admettre qu'elle peut être divisée en sorte que le donataire, se trouvant en présence non plus d'un seul et même acte, mais de deux donations distinctes, ait la faculté de conserver les biens présents en renonçant aux biens à venir?

Bourjon (2), à l'encontre de Duplessis, n'hésite pas à décider que la donation de biens présents et à venir doit être déclarée nulle pour le tout, même dans le cas où le donataire a été mis par la suite en possession des biens à venir. Cette donation est nulle pour les biens à venir; cela ne peut plus faire de doute. Nulle aussi quant

(1) Voir également Ferrières, *Cout. de Paris*, t. III, tit. XIII, art. 272, glose 3, n° 43.

(2) Bourjon : *droit commun de la France*, t. II, livre V, tit. IV, ch. III, sect. 4, dist. I, n° 16.

aux biens présents, car rien ne permet de voir dans une donation de tous biens deux dispositions distinctes. Il n'y a là qu'un seul et même acte, qui ne peut valoir pour partie. En effet, l'intention du donateur n'a pas été de donner d'abord ses biens présents, puis subsidiairement, ses biens à venir ; ce qu'il a voulu donner, c'est l'ensemble de son patrimoine, comprenant à la fois l'actif et le passif. Or, une telle disposition est évidemment en contradiction avec la règle « donner et retenir ne vaut », puisqu'elle impose au donataire le paiement de toutes les dettes que le disposant pourra contracter dans l'avenir, dettes qu'il lui est facile de multiplier au point d'anéantir l'effet de sa générosité. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens dans un arrêt du 23 février 1631 (1). Il y est décidé qu'un donataire, à qui deux personnes font donation conjointement, ne peut accepter la libéralité de l'un et refuser celle de l'autre pour se décharger ainsi des dettes que le second donateur a voulu lui imposer.

Une telle argumentation paraît décisive. Bourjon cependant entreprend de la combattre. Rien, dit-il, ne s'oppose à ce qu'un contrat, passé suivant les formalités prescrites par la loi, ne puisse valoir quant à ce qui est conforme à cette loi et tomber quant à ce qui y est contraire. C'est ainsi, qu'en droit romain une donation non insinuée n'était nulle que pour ce qui dépassait cinq cents solides. On

(1) Journal des audiences, 1^{er} vol. liv. 3, ch. 53.

sait également que notre ancien droit ne permettait de disposer par testament que du quint. Si un testateur n'avait pas tenu compte de cette défense, son testament respecté dans la proportion de la quotité disponible, était frappé de nullité pour l'excédent (1).

Reconnaissons que la réponse de Bourjon ne manque pas d'habileté et réduit à néant l'argument tiré de ce qu'un acte unique ne peut être exécuté pour partie. Mais elle n'infirme en rien celui qui prend son appui dans l'intention présumée du donateur. Ricard ne se le dissimule pas ; aussi admet-il avec Cujas que la donation, nulle à l'égard des biens à venir, ne peut valoir, quant aux biens présents, que s'il y a, dans ce sens, une disposition formelle du donateur, ou du moins s'il apparaît qu'il aurait accepté une telle interprétation (2).

Sans doute cette restriction est logique et rend en pratique acceptable la théorie de Ricard. Mais, si l'intention du donateur d'admettre la division de la donation apparaît avec une telle évidence, n'en résulte-t-il pas qu'on se trouve en présence, non plus d'une seule et unique disposition, mais de deux donations distinctes, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir ? Dès lors, point n'est besoin de chercher des

(1) Bourjon, droit comun. de la Fr. loc. cit., ch. III, n° XVII, notes. Il cite en ce sens un arrêt de la grande Chambre du 13 août 1722.

(2) Ricard, traité des don. entre vifs, t. I, Part. I, ch. IV, sect. II dist. II, n° 1022.

règles spéciales pour la donation de biens présents et de biens à venir.

Si l'on n'a trouvé, dans le contrat de donation, aucune disposition formelle du donateur, permettant la division, nous croyons qu'il faut se ranger à la première opinion et décider que la donation est nulle pour le tout. Qu'est-ce, en effet, qu'une donation de biens présents et à venir, sinon une donation universelle de tout ce que le disposant laissera à son décès, donation faite sous la condition tacite que le donataire paiera toutes les dettes du donateur, or, une donation à charge de payer les dettes à venir est nulle comme contraire à la règle « donner et retenir ne vaut », même lorsque les biens ont été déterminés et que la tradition en a été faite immédiatement au bénéficiaire. Donc la donation de biens présents elle-même ne saurait valoir et la donation universelle ne peut produire aucun effet.

Ce point admis, faut-il décider que notre ancien droit allait jusqu'à déclarer la nullité de toute donation universelle ? Nullement. On s'accordait, au contraire, à dire qu'une donation de tous biens généralement quelconques serait censée ne pas comprendre les biens à venir. Pour que la nullité fût admise par les tribunaux, il fallait que le donateur ait bien spécifié qu'il entendait donner à la fois ses biens présents et ses biens à venir. Point n'est besoin d'insister sur l'importance de cette interprétation, puisque, grâce à elle, seront valables, quant aux biens présents, les donations

universelles qui autrement seraient tombées comme donations de biens présents et à venir sous la prohibition de la règle « donner et retenir ne vaut. »

L'ordonnance de 1731 a déclaré nulles pour le tout les donations universelles faites hors contrat de mariage. Les motifs qui déterminèrent d'Aguesseau à prendre une telle décision furent nombreux. Il lui parut contraire aux véritables principes du droit de diviser un acte qui, dans la pensée des contractants, avait été originairement un. De plus, les vices des contrats, dans lesquels on blesse l'esprit et l'intention de la loi, les rendent entièrement nuls. D'un autre côté, si la loi faisait dépendre la nullité de la recherche de l'intention du donateur, l'admission des conjectures ouvrirait la porte à un grand nombre de procès qu'il est du devoir d'un sage législateur d'éviter. Il faut admettre que ces diverses considérations sont fondées. Lebrun (1) ajoute qu'il est présumable que le donateur n'avait donné les biens présents qu'en vue de la donation des biens à venir, afin de former un bloc de son actif et de son passif et de le faire passer au moment du décès sur la tête du donataire universel, à peu près comme sur la tête d'un héritier. A tout cela, on pourrait ajouter que le donataire a dû s'attendre à suivre

(1) Dumoulin, sur l'art. 211 de la cout. du Bourbonnais, dit à ce propos : *de presentibus tantum intelligitur*

(2) Lebrun, des successions, liv. 4, ch. 2, sect. I, n° 39.

l'événement incertain des affaires du donateur et que, soit de son côté, soit de celui du disposant, il n'est pas permis de diviser, sans faire violence au contrat, une donation qui a uni et enveloppé dans une même clause le présent et l'avenir.

III. — De la donation sous une condition qui dépend de la volonté du donateur

On s'accorde en général à considérer cette proposition comme une conséquence inévitable de la règle « donner et retenir ne vaut ». Tout en reconnaissant qu'en principe les obligations sont nulles, quand elles sont contractées sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige, on veut que cette application soit faite avec plus de rigueur dans la matière des donations que dans celle des conventions ordinaires.

C'est ainsi qu'on est amené à regarder, comme dépendant de la volonté du donateur, des conditions, qui, dans d'autres actes juridiques, ne seraient pas considérées comme potestatives. Nous nous sommes déjà attachés à montrer le peu de fondement de cette différence, en traitant du caractère de l'irrévocabilité de la donation entre vifs. Il nous semble, en effet, qu'un même critérium peut servir à reconnaître la condition potestative, qu'il s'agisse d'une donation ou de tout autre contrat. A notre avis, pour que la donation soit valable, il suffit que le donateur ait été, dès l'instant de la donation,

tellement lié qu'il ne puisse plus se repentir de sa libéralité.

Ceci dit, voyons comment se faisait l'application de la théorie, que nous venons de rapporter, quant au problème délicat de savoir s'il fallait annuler la donation d'une somme fixe à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès.

Il est évident que, dans cette espèce, l'intention du donateur a été de retarder jusqu'à son décès l'exécution de sa libéralité, Mais ce terme suspensif est-il un obstacle à l'expropriation absolue et irrévocable du donateur ? Bergier, dans son commentaire des œuvres de Ricard, nous dit que la validité de la donation ne peut faire l'objet d'une contestation sérieuse, car il y a, à tout le moins, don immédiat d'une créance. Cochin est plus exigeant. Il exige que le droit du donataire soit irrévocablement formé sur tous les biens que le donateur possède pendant sa vie. Il faut, dit-il, « que le donataire ne soit pas réduit à se venger sur les biens qui se trouveront au jour du décès du donateur » (1). Des différences essentielles séparent en effet ces deux espèces, qui, au premier abord, paraissent se confondre. Si je donne purement et simplement une somme, payable à ma mort, il y a donation valable car la dette est immédiatement formée et les actes entre-vifs que je pourrais faire dans l'avenir ne sauraient en rien porter atteinte à son existence. Mais si, au contraire, je donne

(1) Cochin, Paris, Jacques D'Allin, 1663, t. II, p. 395.

la même somme, à prendre sur les biens que je laisserai à mon décès, l'acte est nul comme dépendant de la condition potestative qu'il restera, dans mon patrimoine, des biens suffisants pour l'exécuter.

IV. — De la donation à charge pour le donataire d'acquitter les dettes futures du donateur.

Il est certain qu'un donateur peut imposer à son donataire les charges qu'il lui plait, pourvu qu'elles soient déterminées et qu'il ne dépende plus de sa volonté de les augmenter à l'infini. C'est ce que dit l'article 20 du chapitre XIV de la coutume d'Auvergne, en décidant, à bon droit, la validité de la donation entre-vifs, à charge de payer les dettes que doit le donateur au temps de ladite donation.

Mais il y eut, à l'origine, de vives controverses sur le point de savoir si l'on devait également valider le contrat de donation, d'après lequel le donataire était obligé de payer sans limite les dettes qu'il plairait au donateur de contracter avant son décès.

Charondas le Caron (1) s'est efforcé de soutenir la validité de la donation à charge de payer les dettes dues par le disposant à son décès. Tronçon, dans son commentaire de la coutume de Paris, semble se rallier à cette opinion. Il cherche un argument, en faveur de la validité de la donation,

(1) Charondas le Caron, *Pandectes du droit français*, éd. 1637, Coutume de Paris, sur le titre XIII, comm. de l'art. 275, p. 197.

dans le silence même de cette coutume sur la question qui nous occupe. Un arrêt rendu par le Parlement le 1^{er} avril 1856 s'est prononcé en ce sens. Quant à Guérin, il prétend qu'une telle donation vaut comme donation testamentaire, même si les formes du testament n'ont pas été suivies.

Cette doctrine était combattue par la grande majorité des auteurs. Les plus éminents d'entre eux tels que Ferrières, Bourjon et Ricard s'accordaient à dire que la donation à charge de payer des dettes indéterminées était nulle par suite du défaut d'irrévocabilité, puisqu'en fait cette clause laissait au donateur la faculté de disposer des biens qu'il avait donnés et de détruire ainsi l'effet de la donation. « Il n'y a rien, dit Ricard, de plus contraire à l'irrévocabilité et à la certitude nécessairement requises pour rendre valable une donation entre vifs que la liberté donnée au donateur de pouvoir la réduire à néant par la création d'autant de dettes qu'il lui plaira : cette disposition est plutôt du ressort de la donation à cause de mort dont la marque est lorsque le donateur ne veut pas quitter absolument la propriété de la chose donnée (1). »

Parmi les coutumes, celles d'Auvergne (2), du

(1) Ricard, loc. cit., n° 1027.

Ferrières, sur la Cout. de Paris, éd. 1685, t. III, tit. XII, des don., art. 274, n° 17 et suiv.

Bourjon, droit commun de la France, éd. 1770, t. II, tit. IV, 4^e part., ch. III, sect. 4, dist. II, n° 21, p. 114.

(2) Ch. 14, art. 19.

Bourbonnais (1) et du Nivernais (2) en décident ainsi.

Toutefois, à propos de la coutume d'Auvergne, il est bon de remarquer qu'on y trouve une solution, en désaccord complet avec cette théorie, sur la question de savoir si la donation à charge de payer les legs et frais funéraires du donateur est valable. Cette coutume se prononce pour l'affirmative. La coutume du Nivernais, au contraire, assimile cette clause à la charge de payer les dettes que le donateur doit ou devra à l'heure de son trépas. « De même si telle donation se fait à charge de payer les frais funéraires généraux et accomplir le testament du donateur, si lesdits frais ou dispositions ne sont limités par ladite donation » (3).

Laquelle de ces deux coutumes est conforme à la règle « donner et retenir ne vaut ? » Quelle décision faut-il appliquer dans les provinces où la loi laisse aux Parlements le soin de déduire les conséquences de cette maxime ?

Il est étonnant de voir la coutume du Nivernais se prononcer pour la nullité de la donation entre-vifs, faite à charge de payer les frais funéraires du disposant, car il est incontestable qu'il y a là dette certaine, aussi déterminée que s'il y avait une somme exprimée. On peut dire, en effet, qu'il ne dépend pas du disposant d'éviter les frais de

(3) Art. 212.

(4) Ch. 27, art. 3.

(1) Cout. du Nivernais, ch. XXVII, art. 3.

ses funérailles et que rien n'est plus facile que d'apprécier par anticipation la quotité de cette charge d'après la fortune et le rang du défunt. Aussi Guy Coquille, dans son commentaire sur cette coutume, s'étonne-t-il avec raison de la décision des rédacteurs et déclare-t-il qu'on doit entendre conjointement et non séparément les mots « frais funéraires et accomplir le testament. » D'après cette interprétation ingénieuse, il résulte que même en Nivernais la charge de payer les funérailles n'est pas considérée comme viciant la donation entre vifs.

Plus délicat est le problème lorsque la donation est faite à charge d'acquitter le testament du donateur. L'article 20 du chapitre XIV de la coutume d'Auvergne déclare valable une telle donation. Dumoulin écrit à propos de ce texte « *etiamsi non sit certa summa ea intelligitur secundum qualitatem personæ et bonorum* ».

Cette disposition semble très anormale dans une coutume qui, après avoir admis la règle « donner et retenir ne vaut », s'était plu, comme la coutume d'Auvergne, à énumérer les conséquences de cette règle. Elle ne se comprend qu'autant que l'on reconnaît au donataire la faculté de faire réduire les dispositions testamentaires *arbitrio boni viri*. Il y aurait alors à son profit une sorte de réserve qui, enlevée aux caprices du donateur, assurerait en quelque sorte l'application de notre règle. Telle paraît bien être l'opinion de Coquille quand, pour justifier la coutume d'Auvergne, il fait remarquer

que cette coutume avait limité au quart des biens la faculté de disposer par testament.

La jurisprudence des Parlements paraît, au moins pendant un certain temps, avoir étendu la règle de l'article 20 de la coutume d'Auvergne aux autres pays coutumiers. Un arrêt du 22 avril 1597, rapporté par Choppin (1) décide en effet que le survivant des conjoints, qui s'étaient fait donation mutuelle à charge d'exécuter le testament, ne serait tenu que des legs pieux et modiques. Un autre arrêt de 1614 range parmi ces legs pieux un legs de trois cents livres à une jeune fille pour lui servir de dot.

Pour nous, ces décisions nous semblent très arbitraires, aussi préférons-nous de beaucoup la théorie de Bourjon qui, dans le ressort de la coutume de Paris, ne déclare valable la donation à charge d'exécuter le testament du donateur que si le testament en question est antérieur à la donation (2).

§ V. — De la donation faite avec faculté pour le donateur de disposer d'un effet compris dans la libéralité ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés.

Dans les lois 25 Cod. de jure dot., et 4 de contrah. et committ. stipul., Ulpien avait décidé que, si la femme s'était réservé par son contrat de mariage la faculté de tester de la moitié de

(1) Choppin : Comm. sur la C de Paris, liv. 2, tit. 3, n° 9.

(2) Ricard, loc. cit. n° 1014 et suiv.

sa dot, la réserve devait appartenir à l'héritier et non au mari, si la femme venait à mourir sans en avoir disposé : « *eam quæ stipulata est cum moreretur partem dimidiam dotis, aut velle relinquere, reddi sibi cum moreretur eam partem dotis stipulata videtur.* »

Cette règle était suivie en France dans les pays de droit écrit et même dans les pays coutumiers qui n'admettaient pas la règle « donner et retenir ne vaut. » On y présumait que l'objet ou la somme réservée devait appartenir aux héritiers du donateur, qui sont présumés être ses parents les plus chers puisqu'en la réservant dans la donation, il a suffisamment manifesté son intention de ne pas la laisser au donataire.

Mais d'après les mêmes principes, si le donateur avait manifesté l'intention de laisser la chose réservée au donataire au cas où il n'en disposerait pas, il fallait lui obéir, car il n'y avait à défaut de la règle « donner et retenir ne vaut » aucune raison d'annuler cette disposition.

Tout autre était la solution admise dans les pays où notre règle était en vigueur. La réserve ne pouvait en aucun cas appartenir au donataire, alors même que le disposant aurait expressément stipulé qu'elle doit demeurer au profit de ce dernier, s'il vient lui-même à mourir avant d'en avoir disposé. Cette décision est logique. Elle est fondée sur le principe que les donations entre-vifs doivent être fermes et irrévocables de la part du donateur

et qu'il ne doit pas dépendre de sa volonté de les rendre inefficaces, parce qu'il y aurait donner et retenir. La coutume du Bourbonnais, dans son article 211, ne laisse aucun doute à ce sujet « donation entre-vifs de tous biens retenue certaine somme de deniers ou partie desdits biens pour en disposer à son plaisir et volonté est bonne quant aux biens non retenus. — La Coutume de Sedan, article 112, décide également que « la somme de deniers ou partie desdits biens retenus appartiendront aux héritiers du donateur, s'il n'en a pas disposé de son vivant, et non au donataire ».

Un arrêt de la Grande-Chambre du 3 avril 1648 décide qu'il faut étendre cette disposition aux Coutumes, qui sont muettes sur ce point et qui ne contiennent rien de contraire (1).

Certains jurisconsultes ont cherché à opposer à cet arrêt un autre jugement du 2 juillet 1659, d'après lequel les biens réservés sont attribués au donataire et non aux héritiers du donateur, mais ils n'ont pas observé que la donation, sur laquelle il était statué, avait été confirmée par testament (2).

(1) Ricard, loc. citée, n° 1019.

(2) Ferrure. C. de Paris, t. III, art. 274. Glose unique n° 14.

CHAPITRE III

Sanction de la règle « donner et retenir ne vaut »

Il n'est pas douteux que, sous l'empire de la loi Cincia, le donateur pouvait se prévaloir de l'exception *legis Cinciae*, aussi longtemps que le moindre rapport juridique existerait encore entre le donataire et lui. La donation était censée inexistante jusqu'au dépouillement complet et irrévocable du disposant. Avait-elle seulement subi un commencement d'exécution, cet effet pouvait être rétroactivement détruit. Le donataire, par exemple, mis en possession d'une *res mancipi* pouvait être contraint à restitution tant qu'une mancipation en règle ne l'avait rendu complètement propriétaire.

La question est loin d'être aussi claire lorsqu'il s'agit d'appliquer la règle « donner et retenir ne vaut ». Deux systèmes opposés sont suivis, dans notre ancien droit, sur le point de savoir si la donation entre vifs, qui enfreint l'une des deux conditions essentielles de l'irrévocabilité et de la tradition, doit être, de même qu'à Rome, regardée

comme inexistante ; ou bien s'il faut considérer cet acte comme une promesse, emportant envers le donataire obligation de la part du donateur, mais dont les effets sont nuls au regard des ayants-cause de ce dernier.

Dans son commentaire de l'article 283 de la coutume d'Orléans, Delalande soutient que, si la donation n'est pas conforme à la règle « donner et retenir ne vaut », le donataire n'a aucune action personnelle contre le donateur pour le faire condamner à la délivrance (1). L'acte est alors entièrement nul ; il ne vaut ni comme donation ni comme promesse et le donateur n'est tenu d'aucune obligation envers le donataire. « En France, dit-il, nous suivons l'ancienne jurisprudence civile, car il est nécessaire que le donateur déclare par l'acte de donation qu'il se dessaisit de la chose donnée et en transporte la possession et seigneurie au donataire : autrement celui à qui le don a été conféré ne peut agir personnellement contre le donateur, pour le faire condamner à la délivrance des meubles ou immeubles qu'il a promis de donner par pure libéralité ».

Ce système s'appuie sur ce que, dans la plupart des coutumes, la règle « donner et retenir ne vaut » est formulée sans aucune réserve. Rien, en effet, dans les coutumes d'Orléans et de Paris, ne permet de décider qu'au cas de dérogation à cette

(1) Voir œuvres de Pothier par Bugnet, t. VIII, traité des don. entre vifs, sect. II, art. II, § I, n° 77, éd. 1861, p. 376.

règle, la donation doit être considérée comme valable entre les parties contractantes et nulle à l'égard des tiers.

De plus la théorie de Delalande est conforme à l'ancien droit romain où le simple pacte de donner n'était pas obligatoire. « Comme dans l'ancien droit romain, dit Laurière, il n'y avait pas, à l'origine, de donation sans tradition, la donation n'était alors qu'une libéralité et non un contrat, parce que, quand elle était acceptée, tout était consommé sur le champ et à l'heure même ; il n'en résultait aucune obligation civile, par conséquent aucune action (1) ».

Enfin elle remplit admirablement le but poursuivi par les rédacteurs des coutumes, qui semblent n'avoir cherché qu'à mettre obstacle aux donations, par lesquelles un père de famille peut diminuer son patrimoine et éclipser ainsi la splendeur de son nom.

Malgré la valeur incontestable des raisons, qui militent en faveur de la doctrine de Delalande, il faut bien reconnaître qu'elle n'a pas été adoptée par la majorité des auteurs et que de très nombreux arrêts lui sont formellement contraires.

D'après Ricard (2), la donation est parfaite entre les parties contractantes par le seul concours des volontés, aussitôt que le donataire a accepté la

(1) Laurière, texte des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris, introduction au titre XIII.

(2) Ricard, 1^{re} part., ch. IV, sect II, dist. I, n° 945.

libéralité. Le donateur est dès lors obligé de délivrer la chose donnée, parce qu'il doit garder sa parole et tenir sa promesse. Le donataire a, pour l'y contraindre, une action personnelle. Dans ce système, qui s'appuie sur ce que la donation comprend nécessairement une promesse tacite de faire la tradition, cette formalité n'est requise que pour faire valoir la donation à l'égard des héritiers et des créanciers du donateur. Ce n'est en quelque sorte qu'une formalité extérieure, destinée comme l'insinuation, à rendre public le transfert de propriété. Son seul but serait d'éviter les fraudes et dissimulations. Les coutumes de Châlons et de Reims contenaient des dispositions formelles en ce sens (1).

Il semble qu'à l'exemple de ces coutumes, la plupart des Parlements admirent de bonne heure que le donataire avait contre le donateur une action personnelle pour l'obliger à faire la tradition. Mais c'est une question très controversée que celle de savoir à quoi pouvait prétendre le donataire par cette action personnelle. Pouvait-il forcer le donateur à faire la délivrance de la chose même qui a fait l'objet de la donation, ou bien, au cas de refus de ce dernier, devait-il se contenter de simples dommages et intérêts ?

La question s'était déjà posée à propos de la vente. Joannes, Bulgarus, Alciat avaient énergi-

(1) En ce sens. Cout. de Châlons, art. 64. — Cout. de Reims, art. 221.

quement soutenu que le vendeur ne devait pas livrer la chose vendue et pouvait se contenter de payer des dommages et intérêts. Ils tiraient argument de la loi de *emptio empt. et vend.* ou Ulpien dit : « *si res vendita non tradatur in id quod interest emptoris agitur.* » Mais leurs adversaires répondaient que ce texte devait uniquement s'entendre d'une vente de la chose possédée par autrui, ou encore du cas où c'est l'acheteur lui-même qui prend l'initiative de poursuivre son vendeur en dommages et intérêts.

Bartol et Cujas au contraire, prétendaient qu'à moins d'impossibilité absolue, le vendeur ne pouvait se libérer que par la délivrance de la chose vendue. En effet, disent-ils, la vente est avant tout un contrat de bonne foi ; or, le vendeur s'est obligé à livrer la chose ; il doit donc être contraint à exécuter cette promesse. Peut-on, ajoutaient-ils, admettre qu'un débiteur ait la faculté de se libérer en payant à son créancier une chose autre que l'objet dû. Enfin opposant Paul à Ulpien ils citaient le tit. de *Judic.*, § 4, où ce jurisconsulte écrit : « *si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest ut tradat aut mancipet.* »

Ces raisons semblent avoir été admises dans l'ancien droit, car Charondas mentionne en ses réponses un arrêt du 15 décembre 1557, dans lequel il est jugé que le vendeur ne peut se considérer comme libéré de son obligation, quand

il a consenti à payer des dommages et intérêts.

Ricard (1), qui admet pour la vente cette dernière opinion, cherche à établir qu'il faut également l'adopter en cas de donation. Il s'appuie sur ce que l'obligation du donateur ne diffère pas sensiblement de la promesse du vendeur. Il établit ainsi que le donateur doit la délivrance de la chose elle-même lorsqu'elle est encore en sa possession.

Mais, dans la vente, le second acquéreur est préféré au premier s'il a été mis en possession avant lui, car on sait que la vente n'est parfaite et ne transfère la propriété que par la tradition et le paiement du prix. Il faut, a fortiori, en décider de même à l'égard des donations, puisque, par la règle « donner et retenir ne vaut », la tradition est plus de l'essence de la donation que de la vente. Donc le donataire n'acquérant la propriété que par la tradition, si, avant cette solennité, le donateur dispose de la chose donnée au profit d'un tiers, qui en prend immédiatement possession, le premier donataire ne pourra revendiquer contre le second, puisqu'il n'est pas propriétaire. Il ne lui restera donc qu'une action personnelle en dommages et intérêts contre son donateur. C'est ce que décide l'article 216 de la Coutume de Senlis : « quand à diverses personnes a été donné ou vendu un héritage en fief ou roturier, celui qui premier aura été saisi dudit héri-

(1) Ricard. Traité des don entre vifs, t. I 1^e part., ch. IV, sect. II, dist. I, n° 946 et suiv.

tage, mis et reçu en foi et hommage, ou d'iceluy héritage aura eu appréhension de fait qui en ce équipolle à saisine, au su et consentement du donateur ou vendeur sera préféré audit héritage donné ou vendu, posé ores qu'il soit le second donataire ou acquéreur et a le plus clair droit ».

Ce serait toutefois une grave erreur que d'assimiler complètement sur ce point les effets de la vente et ceux de la donation. Dans la vente, le premier acquéreur a droit à des dommages et intérêts sur la chose vendue, au préjudice de celui à qui elle a été livrée, car son contrat, passé en la forme authentique, lui a donné sur les biens de son vendeur une hypothèque destinée à garantir sa créance en dommages et intérêts et la restitution du prix qu'il peut avoir payé. Si le vendeur est insolvable, il pourra donc, après discussion, poursuivre le détenteur de la chose vendue sur laquelle s'étend l'hypothèque.

Il n'en est pas de même en matière de donation, car à défaut de tradition, la règle « donner et retenir ne vaut » enlève au donataire tout droit contre les créanciers ou héritiers du donateur. Le premier donataire n'aura donc aucune action contre le second donataire et devra se borner à poursuivre son donateur en dommages-intérêts (1).

Ricard admet toutefois que le défaut de tradi-

(1) Bourjon : droit commun de la Fr., t. II, tit. IV, 4^e part., ch. 3, sect. II, n^o 6, p. 110; Ferrières. C. de Paris : art. 273, n^{os} 22, 23 et 24.

tion ne doit jamais être opposé au donataire, qui, pour obtenir l'exécution de la donation, s'est pourvu contre le donateur encore vivant. S'il est évident, dit-il, que la donation n'emporte pas une obligation de garantie, il n'en est pas moins vrai que cette donation contenant une promesse tacite, le donateur doit garantie de cette promesse. Dès lors, si l'action est intentée du vivant du donateur, son héritier en est nécessairement tenu après sa mort, car il y a là une action personnelle qui suit le successeur.

En résumé, les effets d'une donation non conforme à notre règle sont très différents suivant que l'on se range à l'une ou à l'autre des deux théories exposées.

D'après les uns, si la donation manque d'une des deux conditions d'irrévocabilité ou de tradition, elle est inexistante à l'égard des deux parties contractantes.

D'après les autres, au contraire, une telle donation est valable entre le donateur et le donataire, mais nulle entre le donataire et les ayants-cause du donateur.

Tout en reconnaissant que c'est ce dernier système qui semble l'avoir emporté, du moins à la fin de l'ancien droit, nous avons exprimé nos préférences pour la théorie de Delalande. Observons, en terminant, que si l'ordonnance de 1731 ne tranche pas nettement cette controverse, l'article XV paraît bien adopter l'opinion de ceux qui soutien-

nent l'inexistence complète de la donation. Il y est décidé, en effet, qu'une donation mobilière qui ne comprend pas l'état des meubles donnés est absolument inutile, même à l'égard du donateur qui ne peut être contraint de faire la délivrance de l'objet donné. « Faute de cette formalité, dit l'ordonnance, le donataire ne pourra prétendre aucun desdits meubles ou effets mobiliers même contre le donateur ou ses héritiers ».

CHAPITRE IV

Exceptions à la règle « donner et retenir ne vaut »

La règle « donner et retenir ne vaut » n'eut pas, dans notre ancien droit, un empire sans limite en matière de donation. Des considérations diverses d'ordre public amenèrent bientôt les législateurs et les Parlements à soustraire à la rigueur de cette maxime certaines dispositions à titre gratuit, que leur motif ou leur but désignaient tout naturellement pour des mesures plus favorables.

§ I. — Donations faites par contrat de mariage.

On sait que le but visé par les inventeurs de la règle « donner et retenir ne vaut » fut avant tout d'assurer la splendeur et la conservation des familles. Mais il fallait se garder d'aller trop loin, car s'il est incontestable que, dans bien des cas, les donations exagérées, en portant atteinte au patrimoine familial, amènent trop facilement la déchéance de toute une race, il n'est pas moins certain que des donations, faites avec à-propos

et discernement, peuvent, en encourageant au mariage, faciliter dans une très large mesure la création de nouveaux foyers. Point n'est besoin d'insister sur cette idée. Ce serait enfoncer une porte ouverte que de s'attacher à prouver longuement l'importance sociale des constitutions de dot.

Nos législateurs coutumiers auraient donc commis une contradiction grossière, si, tout en cherchant à assurer par notre règle, le maintien des familles riches dans leur rang, ils avaient apporté des entraves au mariage, en soumettant aux rigueurs de cette même règle des donations, dont le but direct et certain n'est autre que de faciliter les unions. L'écueil paraissait trop visible pour être dangereux. Pourtant si l'on se bornait à l'étude des textes de nos coutumes, on serait tenté de croire qu'il ne fut évité que dans quelques-unes de nos anciennes provinces. De toutes les coutumes qui admirent la règle « donner et retenir ne vaut », il en est, en effet, bien peu, qui aient fait expressément exception en faveur des donations par contrat de mariage. On doit au nombre de ces dernières ranger la coutume du Bourbonnais. Son article 219 peut à bon droit être considéré comme contenant sur ce sujet les véritables règles de l'ancienne jurisprudence. Il est ainsi conçu : « toutes donations, conventions, avantages, institutions d'héritiers et autres choses faites en contrat de mariage, le mariage fait par paroles de présents, sont bonnes et valables en quelque forme qu'elles soient faites,

même en donnant : soient telles dispositions apposées ou ajoutées audit contrat de mariage, avant ou pendant les fiançailles, réservé toutefois aux enfants leur droit de légitime ; posé aussi que lesdites donations et avantages soient faites à personne étrange contractant ledit mariage, batards ou autres quelconques : et saisissent telles dispositions le cas avenus, quand lesdites donations et dispositions sont faites par personnes habiles à contracter. » Quelques autres Coutumes, il est vrai, contiennent des dispositions du même genre (1); mais il faut reconnaître que ces dispositions sont loin d'être généralisées. Malgré cela, Dumoulin (2), d'accord sur ce point avec la jurisprudence d'un grand nombre de Parlements, n'hésite pas à dire que les règles, suivies en Bourbonnais, doivent être étendues à toutes les autres provinces. La règle « donner et retenir ne vaut », écrit-il, ayant pour but d'empêcher le père de porter préjudice à ses enfants, ne doit pas avoir lieu en matière de mariage. Le Prestre, Brodeau et de Cambolas partagent cette opinion, sanctionnée, du reste, par de nombreux arrêts, au nombre desquels il faut ranger celui du 24 mars 1621, cité par Théveneau en son Commentaire de l'article 249 de la coutume de Poitou, celui du 19 août 1668, rapporté par Pithou sur

(1) Coutumes d'Auvergne, ch. IV et VI ; de Vermandois, art. 54 et 55 ; de Châlons, art. 45 ; de Bar, art. 167 ; de Nivernais, ch. XXVII, art. 129.

(2) Dumoulin, comm. sur l'anc. Cout. de Paris, art. 120, n° 2, art. 160, n° 7.

la coutume de Troyes, article 137, et celui du 22 août 1607, qui se trouve dans le Commentaire de la Coutume de Chauny, par Vervins (1).

On peut donc, d'après tous ces témoignages, poser en thèse générale que les donations faites par contrat de mariage échappaient entièrement à la règle « donner et retenir ne vaut » (2).

La plus importante, au point de vue pratique, des conséquences de cette exception générale, c'est que les institutions contractuelles, en faveur des futurs époux, sont permises dans les contrats de mariage.

L'institution contractuelle est une convention par laquelle une personne s'engage irrévocablement envers une autre personne, qui accepte, à la choisir pour son héritière et à lui laisser sa succession. Cette convention ne fut pas tout d'abord reconnue par le droit romain, qui ne permettait pas de déléguer la succession autrement que par testament ou ab intestat. Le fameux principe de la prohibition des pactes sur succession future était alors appliqué dans toute sa rigueur. L'empereur Léon fut le premier à y porter atteinte dans sa Novelle 19. Il décida que le père, mariant son enfant, pourrait

(1) Ricard, loc. cit., 1^{er} port., ch. IV, sect. II, dist. III, n^o 1057.

(2) Guy Coquille apporte à cette exception une restriction bizarre. Pour qu'il y ait lieu de l'appliquer, il faut, d'après lui, qu'il y ait non seulement un mariage valable, mais encore un mariage raisonnable, ce qui s'appréciera d'après les circonstances. Il faudra donc juger ex causa. C'est ainsi qu'il n'y aurait pas vrai mariage « si une vieille hors d'âge de faire un enfant, épousait un jeune homme ». C. du Niv. ch. XXVII, art. 12.

s'obliger à lui laisser une position égale au moins à celle de ses autres enfants. C'est dans cette disposition qu'il faut chercher à Rome l'origine lointaine de l'institution d'héritier.

Notre ancien droit admit, sans difficulté, la validité de l'institution contractuelle quand elle avait lieu en vue d'un mariage à célébrer. Il semble, d'après Ferrières, que cette condition devait suffire et qu'il n'était pas nécessaire que la disposition prit place dans le contrat de mariage lui-même. Toutefois, si elle se trouvait dans un acte séparé, il fallait que cet acte eût rapport au contrat de mariage, car autrement rien ne prouverait que l'institution est faite en vue du mariage (1).

En raison du motif qui fit admettre l'institution contractuelle, c'est aux futurs époux et à eux seuls qu'était réservé le rôle de bénéficiaire.

Tout individu, au contraire, fût-il même complètement étranger aux institués, pouvait dans un contrat de mariage s'engager à laisser sa succession à l'un des futurs conjoints. C'est ainsi qu'on était amené à décider que rien ne s'oppose à ce que l'institution contractuelle soit faite par l'un des conjoints en faveur de l'autre. Point n'était besoin qu'il y ait eu convention réciproque en faveur du survivant, car cette condition n'était pas nécessaire pour que l'on pût considérer l'institution comme faite en faveur du mariage et, c'était là, on le sait, la seule condition exigée par

(1) Ferrières, sur l'art. 299 de la Coutume de Paris, § 2, n° 13,

la loi. A noter toutefois que, dans sa question 49^{me}, Guy Coquille fait observer que, dans ce cas, la condition si sine liberis devait toujours être sous entendue. Mais il ne faut voir dans cette règle qu'une interprétation plus ou moins exacte de la volonté des contractants.

C'est une question très discutée que celle de savoir si, au cas où deux héritiers ont été institués conjointement, il y a lieu au droit d'accroissement au profit de l'autre, si l'un d'eux ne peut bénéficier de la disposition, faite en sa faveur, parce qu'il ne s'est pas marié.

Coquille (1) soutient que le conjoint institué sera héritier pour le tout. Auroux des Pommiers (2), au contraire, décide qu'il n'y a pas lieu à accroissement.

Pour nous, la solution de cette question dépend de la nature que l'on reconnaît à l'institution contractuelle. L'accroissement doit avoir lieu si l'on voit dans l'institution une sorte de donation pour cause de mort, mais il est évident qu'il ne peut en être ainsi quand on assimile cette convention au contrat de donation entre vifs et irrévocable.

Le Parlement de Toulouse a plusieurs fois jugé la question en ce dernier sens, et les jurisconsultes des pays de Droit écrit, tels que Fernand

(1) Coquille. C. du Niv. ch. 27, art. 12.

(2) Auroux des Pommiers : sur l'art. 219 de la Coutume du Bourbonnais, nos 18 et 19.

et de Cambolas (3), soutiennent énergiquement que l'institution contractuelle n'est autre chose qu'une donation entre vifs et irrévocable.

Cette décision n'a pas seulement une importance considérable en matière d'accroissement. Elle influe aussi sur les effets qu'il faut attribuer à l'institution, car, si l'on admet son assimilation complète avec la donation entre vifs, on est, par cela même, forcé de conclure, avec les auteurs de Droit écrit, que, aussitôt la convention parfaite, l'instituant n'a plus aucun droit de disposition sur ses biens. Il s'est privé non seulement du droit de les donner de nouveau à titre gratuit, mais encore de celui de les vendre, de les hypothéquer et même de les engager par des dettes postérieures. L'héritier contractuel peut alors, s'il le juge à propos, faire révoquer les aliénations consenties sans causes depuis le contrat par son bienfaiteur. Parmi les coutumes, celles d'Anjou (art. 245 et 246), du Maine (art. 262, 263 et 264), de Touraine (art. 252) et de Normandie (art. 244) avaient adopté cette théorie.

Il est évident que les pouvoirs, reconnus par ce système au bénéficiaire de l'institution, sont inconciliables avec la condition acquise par l'institué, qui, son nom du reste l'indique suffisamment, n'est autre chose qu'un héritier présomptif, ne différant en rien de l'héritier testamentaire. Cette contradiction a été fort bien saisie par les auteurs

(3) Furgole, loc. cit. p. 102.

des pays de Coutume. Tout en reconnaissant que les institutions contractuelles, faites en faveur du mariage, participent dans une certaine mesure aux caractères des donations entre-vifs, ils apportent certains tempéraments au caractère d'irrévocabilité.

Sans doute celui qui s'est lié par une institution contractuelle ne doit plus pouvoir, par une convention postérieure, disposer directement ou indirectement de l'universalité de ses biens ou mieux de sa succession, mais rien, semble-t-il, ne s'oppose à ce qu'il dispose individuellement de tel ou tel de ses biens par contrat entre vifs. L'article 222 de la coutume du Bourbonnais est formel sur ce point. Dumoulin en le commentant remarque que l'instituant peut faire des legs particuliers : « *adhuc non impeditur quædam particularia legare manente institutione in sua quota* (1) ».

Il résulte des décisions, admises par la grande majorité des auteurs, que l'institution contractuelle n'est ni une donation à cause de mort ni une donation entre vifs, mais qu'elle participe à la fois à la nature de ces deux contrats. Elle tient de la donation entre vifs, par son caractère d'irrévocabilité qui s'oppose à ce que l'instituant se désigne un nouvel héritier ; mais elle rentre également dans la classe des donations pour cause

(1) Furgole, ordonnance de Louis XV sur les donations, art. XIII, Paris, Celot, 1775, p. 105.

de mort, en tant qu'elle lui laisse la libre disposition de son patrimoine (1).

Dans cette théorie, on admet sans difficulté que l'institution semblable en cela au testament ordinaire doit tomber au cas où l'institué meurt sans enfant avant le testateur. Au contraire, ceux qui considèrent l'institution contractuelle comme une sorte de donation entre vifs et irrévocable devraient logiquement admettre que l'institué transmet son droit à ses héritiers, quels qu'ils soient, au même titre que le reste de son patrimoine, car jamais un don ne devient caduc par le prédécès du donataire. Mais une telle décision serait peu conforme au motif primordial, qui conduisit le législateur à reconnaître la validité de l'institution contractuelle ; aussi vit-on le Parlement de Toulouse, lui-même, abandonner sur ce point sa doctrine pour juger, comme ceux des provinces coutumières, que l'institution serait caduque par le prédécès de l'héritier quand il n'a pas laissé d'enfants.

Ricard a définitivement consacré ce système. Il fait très justement remarquer qu'une institution contractuelle n'est pas valable comme donation entre vifs ; ce qui lui fait avoir effet, c'est la faveur du mariage et des personnes qui le contractent ; or la donation, n'étant ni parfaite ni consommée en la personne du donataire, ne peut recevoir sa perfec-

(1) Guy Coquille, sur la coutume du Nivernais, titre des donations, art. 12.

tion en celle d'un autre. Le donataire, qui n'a pas encore reçu la tradition de la chose, ne l'a pas dans sa succession et son héritier ne trouve pas en lui-même la faveur nécessaire pour conserver cette donation sans tradition. La faveur étant éteinte avec la personne du donataire, la donation n'est plus qu'une donation à cause de mort, révocable par le décès du donataire avant le décès du donateur. Si l'on fait exception pour les enfants nés du mariage, c'est qu'il est à présumer que, dans le contrat de mariage, les parties ont aussi bien considéré le fruit, qui devait provenir de l'union projetée, que les personnes qui la contractent : le mariage n'est en effet privilégié que parce qu'il assure la continuation des familles (1).

Telles furent, dans leur ensemble, les règles suivies par notre ancien droit en ce qui concerne l'institution contractuelle par contrat de mariage. L'ordonnance de Louis XV sur les donations n'y a pas apporté de grands changements. Son article XIII se borne à consacrer la validité de cette convention, en décidant qu'elle ne pourrait jamais être attaquée pour défaut d'acceptation. Peut-être voudra-t-on chercher dans ce texte une solution à la grande controverse sur la nature de l'institution contractuelle. Tirant argument de ce qu'elle se trouve

(1) Cambolas (décisions notaires du droit, liv. VI, ch. 20, n° 4) cite un arrêt de la grande Chambre du 16 juillet 1516, d'après lequel les biens de l'instituant doivent appartenir aux enfants de l'institué au préjudice des autres héritiers.

ainsi soustraite à l'une des formalités essentielles de la donation entre vifs, on pourrait être tenté de croire qu'elle doit être par ce fait rangée définitivement parmi les donations pour cause de mort. Mais pour nous, l'explication de cet article XIII se trouve naturellement dans la place qu'il occupe, à la suite de plusieurs dispositions, dont l'unique but est de prescrire pour les donations ordinaires les formes de l'acceptation du donataire.

Au même titre que l'institution contractuelle, la donation de biens présents et à venir fut permise dans les contrats de mariage. Une difficulté se produisit à ce sujet sur la question de savoir s'il fallait admettre la divisibilité de la donation universelle.

S'appuyant sur ce qu'une telle donation est parfaite, quant aux biens présents, dès le moment où elle est faite, les auteurs les plus éminents accordèrent au donataire le droit de s'en tenir aux biens étant et de repousser les biens à venir, pour s'affranchir ainsi de l'obligation de payer les dettes du donateur contractées après la donation et grevant la succession. C'était là une faculté refusée à l'institué contractuel et justifiant l'existence de la donation de biens présents et à venir à côté de l'institution contractuelle.

Les droits conservés par le disposant sur le patrimoine donné variaient suivant qu'il s'agissait de biens présents ou de biens à venir. Quant aux biens présents, la donation devait s'exécuter immé-

diatement, à moins que son effet ne fût suspendu, grâce à quelque clause telle que celle de réserve d'usufruit. Au contraire, le donataire n'acquerrait pas les biens à venir au fur et à mesure qu'ils entraient dans le patrimoine du donateur, qui, en vertu d'une clause tacite d'usufruit, en conservait la jouissance durant sa vie. Il avait donc le droit d'en jouir et d'en disposer, toutefois il était admis que le donateur ne pouvait plus porter atteinte à la donation par de nouveaux dons entre-vifs ou testamentaires.

Quant aux dettes à mettre à la charge du donataire, il fallait distinguer suivant qu'il se bornait à prendre la donation telle qu'elle existait au moment du contrat ou que, pour profiter des biens à venir, il la prenait au jour de la mort du disposant. Au premier cas, il ne devait payer que les dettes antérieures à la donation ; au second, il était assimilé à un véritable héritier et contraint à payer sans exception toutes les dettes et charges de la succession (1). Toutefois d'Argentré, s'appuyant sur ce qu'il doit toujours y avoir une différence entre une succession et une donation, qui nécessairement suppose une gratification et un bienfait, décide que le donataire ne peut jamais être tenu des dettes au delà de ce qu'il reçoit. S'il y a déficit, ou suppose que le donateur, ayant l'intention de faire donation de l'excédent, a fait un acte nul puisqu'il ne restait rien (2).

(1) Brodeau, sur Louet, l. D, somm. 69, n° 31.

(2) D'Argentré, Coutume de Bretagne, art. 219, Glose 7, n° 17.
Ricard, tI, part I, n° 1516, 1517 et suiv.

L'ordonnance de 1731 a, dans son article XVII, consacré la plus grande partie de cette théorie. La donation de biens présents et à venir, faite par contrat de mariage, est expressément reconnue comme valable, lorsqu'elle est faite en faveur des conjoints ou de leurs descendants. « Le donataire, y est-il dit, a le choix de prendre les biens, tels qu'ils se trouveront au jour du décès du donateur, en payant toutes les dettes et charges, même celles qui seraient postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens qui existaient dans le temps qu'elle aura été faite, en payant seulement les dettes et charges existantes audit temps ».

Outre les deux exceptions faites en faveur du mariage pour les institutions contractuelles et les donations cumulatives de biens présents et à venir, l'ancien droit permit encore au donateur, disposant au profit de futurs conjoints, de se réserver la faculté d'aliéner à nouveau une somme ou un effet compris dans la libéralité. Si le donateur ne disposait pas avant son décès du bien réservé, contrairement aux règles ordinaires, il restait aux époux donataires et n'augmentait pas la succession du défunt.

Enfin étaient déclarées valables, quand elles avaient lieu par contrat de mariage, les donations soumises à une condition dépendant uniquement de la volonté du donateur.

La faveur du mariage, ayant fait excepter les

(1) Brodeau sur Louet, l. D. somm. 10, n° 4.

donations qui le favorisent de la nécessité de la tradition et de l'irrévocabilité, les auteurs furent logiquement conduits à déclarer bonne et valable la donation par contrat de mariage sous condition purement potestative ; mais ils ne s'entendaient pas sur la question de savoir si, après avoir accepté la donation, le donataire, changeant d'avis, pouvait encore la repousser et se soustraire ainsi aux charges qui lui sont imposées, au cas où le donateur, abusant de la condition, annulerait complètement les effets de sa disposition.

La solution de cette question dépendait du caractère que l'on reconnaissait à la donation. Voyait-on en elle un contrat synallagmatique, donateur et donataire étaient également obligés ; au contraire, la considérait-on comme un simple contrat unilatéral, le donateur seul était lié. C'est en ce dernier sens que s'est prononcé l'article XVIII, en tant du moins qu'il s'agit de donation par contrat de mariage. Il a décidé formellement que, dans ce cas, le conjoint gratifié pourrait toujours se soustraire aux charges qu'on voulait lui imposer, en renonçant à la donation.

II. — Des dons mutuels (1)

Comme les donations par contrat de mariage en faveur des conjoints, les dons mutuels furent

(1) Bourjon : droit commun de la Fr. t. II, tit. IV des don 4^e part, ch. III, sect. VII, n^o 39 et suiv.

de très bonne heure soustraits à l'empire de la règle « donner et retenir ne vaut. »

Duplessis exige pour qu'il y ait don mutuel neuf conditions; mais on peut, d'après les longues explications, données par cet auteur, définir les dons mutuels des donations qui se font réciproquement, en un seul et même acte, deux conjoints sans enfant et en bon état de santé, de l'usufruit des biens compris dans la communauté.

On ne voit pas bien comment la tradition pourrait être exigée dans le don mutuel, puisque ce qui fait l'objet de la donation n'est pas une chose susceptible de livraison, mais un droit éventuel à un usufruit; aussi semble-t-il qu'il n'était pas nécessaire de ranger, comme le fait Bourjon, cette classe de donations parmi celles valables sans tradition.

Le motif, invoqué pour expliquer l'exception faite en faveur des dons mutuels, consiste dans leur ressemblance avec les actes du commerce. Le don mutuel, dit-on, est, en effet, bien moins une donation qu'un contrat aléatoire où chaque contractant est poussé par l'espérance d'un gain.

§ III. — Des pollicitations.

Il y avait enfin, dans l'ancien Droit, une troisième et dernière dérogation à la règle « donner et retenir ne vaut » en faveur des pollicitations. La pollicitation était la promesse par laquelle un particulier s'engageait par écrit à faire une libéralité

à une ville pour une cause légitime, par exemple pour la reconstruction d'un édifice. Cette donation était dispensée de la tradition, car le bien de la société voulait que de tels dons fussent aussi nombreux que possible. Toutefois pour que la pollicitation fût valable, il fallait que le promettant se trouvât dans une situation de fortune assez élevée pour lui permettre une telle générosité. Un arrêt de la grande Chambre du 13 juin 1655 a confirmé cette doctrine.

CHAPITRE V

De l'origine de la règle : « donner et retenir ne vaut » et des motifs par lesquels elle se justifie.

Nous venons d'étudier le sens, la portée et les conséquences de la règle « donner et retenir ne vaut », il nous reste à en expliquer l'établissement dans notre ancien droit. Les commentateurs des anciennes coutumes ne se sont pas fait faute d'approfondir cette question, mais leurs avis sont si partagés, leurs opinions si diverses, qu'ils n'ont guère contribué à éclaircir le problème si complexe de l'origine et des causes de notre maxime. Il ne faut donc pas se dissimuler que la tâche est peu aisée, qui consiste à dégager les véritables motifs par lesquels les rédacteurs des coutumes furent conduits à poser le principe et à lui donner peu à peu le sens qu'il finit par avoir vers la fin de l'ancien droit.

Le tort des jurisconsultes des XVI^e XVII^e et XVIII^e siècles fut, en cette matière, de ne considérer la règle qu'avec sa signification à l'époque où ils

écrivait, alors que la condition d'irrévocabilité s'était pour ainsi dire développée au point de faire disparaître celle rendant la tradition nécessaire. La conséquence de cette manière de comprendre la maxime a été de leur faire perdre de vue la double signification de la règle et de les amener ainsi à se contenter d'une seule et même origine, alors qu'il était évident qu'une seule explication ne pouvait suffire pour deux règles différentes à la fois par l'âge, le but et la portée.

Guy Coquille ne se livre pas à de minutieuses recherches historiques pour trouver la source de notre règle. Pour lui, elle procède du naturel des vrais français « qui est de faire franchement et à cœur ouvert sans retenir à couvert. Nos prédécesseurs français, ajoute-t-il, francs et libres, ont dédaigné toute fiction et simulation et, à cette occasion, ont réprouvé l'artifice et la finesse de ceux qui feignent de donner et retiennent le pouvoir de révoquer et ne donnent pas tout à fait » (1).

Si flatteuse que soit cette explication pour les habitants des provinces où fut admis la règle « donner et retenir ne vaut », on ne peut cependant s'en contenter, surtout si l'on songe que le brocard était scrupuleusement observé en Normandie par des gens, dont la ruse n'était rien moins que légendaire.

De plus l'origine, imaginée par Coquille, a le tort de pouvoir s'appliquer trop facilement à l'une

(1) Coutume du Nivernais, ch. XXVII, art. 1 et 2.

ou à l'autre des deux règles contenues dans le brocard, et nous savons que la tradition fut exigée bien avant l'irrévocabilité, puisque le développement de ce caractère spécial de la donation ne peut guère remonter au-delà de la renaissance.

A l'inverse de l'explication de Coquille, les raisons proposées par les autres commentateurs des coutumes, conviennent tantôt à la tradition, tantôt à l'irrévocabilité. Nous serons donc amenés à les signaler, en recherchant alternativement l'origine et les motifs des deux parties de notre maxime, sans tenir compte de leur ordre chronologique.

§ I. — Causes originaires et motifs de la nécessité de la tradition.

Nos anciens auteurs ne semblent avoir éprouvé aucune difficulté pour fixer l'origine de la règle « donner et retenir ne vaut, » en tant qu'elle nécessite la tradition pour la perfection de l'acte de donation. Tous s'accordent à soutenir qu'elle découle du droit romain.

Patou, (1) en commentant la coutume de Lille, qui n'admettait pas la règle, reconnaît aux coutumes contraires l'autorité de l'ancienne jurisprudence romaine, « selon laquelle, dit-il, la tradition était nécessaire pour la validité de la donation entre-vifs. »

Berault (2), à propos de la coutume de Nor-

(1) Commentaire sur la cout. de Lille, t. V, art. I, gl. II, n° 2.

(2) Cout. de Normandie, art. 444 et 445.

mandie, écrit : « ce n'est point donner, sinon quand on cède et transporte la propriété et possession de la chose : ce qui est conforme à l'ancien droit romain, parce que la tradition était nécessaire à la translation de propriété. »

Denys du Pont (1) s'attache également à prouver par de longues discussions que les coutumes ne font que reproduire le droit des Pandectes « où la donation n'était pas parfaite par le seul consentement et ne donnait pas d'action avant la tradition de la chose. »

Quant à Ricard, il va jusqu'à profiter de la règle donner et retenir ne vaut pour établir l'influence du droit romain sur le droit français. Parlant des Coutumes qui tantôt exigent la tradition réelle, tantôt se contentent d'une tradition quelconque, il écrit : « Ces usages différents sont tirés de la disposition du droit écrit, suivant les divers changements qui y sont arrivés dans la suite des temps ; se reconnaissant par là une vérité importante que j'ai remarquée en plusieurs occurrences, que notre droit français, dans son origine, a été formé en quelques parties sur le droit romain, non pas tel qu'il a été réduit dans les derniers temps et tel qu'il s'observe aujourd'hui dans les provinces que nous appelons de droit écrit, mais qu'il est passé dans les Gaules en quelque temps mitoyen, auquel plusieurs de nos coutumes ayant été formées, on n'a point suivi les mutations qui étaient depuis arrivées, sinon

(1) Denys du Pont, *Cout. de Blois*, tit. XII, art. 169.

dans les réformations de nos coutumes, où la reconnaissance du droit romain, étant encore une fois revenue en France depuis la découverte d'Irnerius, les rédacteurs des Coutumes y ont changé en quelques points ce qui avait été ajouté au droit civil » (1).

On pourrait ainsi multiplier les témoignages. Ceux que nous venons de rapporter suffisent pour établir que, d'après la croyance générale de nos anciens auteurs, c'était bien à la loi Cincia qu'était attribué l'honneur d'avoir donné le ton aux coutumes exigeant la tradition.

Pourtant, dans un travail intitulé « recherches sur la règle donner et retenir ne vaut », M. Albert Desjardins (2) s'acharne à combattre cette opinion des jurisconsultes de l'ancien droit, et à soutenir qu'elle repose uniquement sur une confusion de ce qui est nécessaire pour la translation de propriété avec ce qui est nécessaire pour l'existence ou la validité de la donation. D'après cet éminent professeur, il est impossible que la loi Cincia ait servi de modèle aux inventeurs du célèbre brocard. Il suffit pour s'en convaincre de constater les différences qui séparent la loi romaine de notre règle coutumière. Tandis que dans nombre de nos coutumes, la tradition

(1) Ricard, loc. cit. n° 978.

(2) M. Albert Desjardins, Recherches sur l'origine de la règle « donner et retenir ne vaut ». Revue critique, année 1863, tome 33, pages 315 et suiv.

est une condition essentielle de la validité de la donation, elle n'était à Rome requise que comme un moyen pratique de parfaire par un transfert de propriété un acte de libéralité. De plus, sous l'empire de la loi Cincia, la tradition, dans bien des cas, était ou inutile ou insuffisante : s'agissait-il d'une *res mancipi*, on devait en outre recourir à la mancipation ; l'objet donné était-il un meuble *nec mancipi*, il fallait encore après la tradition que le donataire ait acquis le droit de se prévaloir de l'interdit *utrubi*. Enfin si la donation n'atteignait pas un *modus* déterminé, le simple engagement du donateur était considéré comme valable, lors même qu'il n'était accompagné d'aucun dessaisissement. La tradition n'était donc nécessaire et suffisante que lorsqu'il s'agissait d'un fond provincial.

Il paraît ainsi bien établi que si nos anciens auteurs ont voulu, pour donner plus d'autorité à la règle, lui trouver une origine romaine, ils n'ont pu y arriver qu'aux prix d'une erreur évidente.

Mais ce n'était pas tout de détruire une théorie si généralement accréditée, il fallait encore lui en substituer une autre. Aussi M. Desjardins propose-t-il de demander à notre ancienne histoire la raison pour laquelle le dépouillement actuel et complet du donateur a été regardé, dans de si nombreuses provinces, comme essentiel à la donation entre vifs. Qu'on se reporte aux époques barbares de la Germanie, de la Bretagne et de la Gaule, dans le temps

qui précéda les invasions, quel était alors l'état de la société ? Des lois rudimentaires et pas d'autorité assez fortement constituée pour les faire observer ; des chefs de bande centralisant dans leurs mains la richesse et la puissance, et auprès d'eux, livrés complètement à leur merci, des compagnons faibles et faciles à opprimer. Il est vraisemblable que dans de tels groupements sociaux, tout sentiment naturel à l'homme devait s'exercer en toute liberté ; or quoi de plus naturel que le regret des libéralités et la croyance sincère qu'on n'est pas entièrement dépouillé de ce que l'on vient de donner. Il suffit pour s'en rendre compte de constater la répugnance des enfants à admettre qu'un don soit une aliénation totale. Ne les voit-on pas en effet manifester fréquemment l'envie de reprendre ce qu'ils viennent de donner ? Croit-on même que, dans notre état avancé de civilisation, un jury composé d'honnêtes citoyens ne sera pas tenté de se montrer plus sévère à l'égard d'un voleur qu'envers un donateur, coupable seulement d'avoir cherché à rentrer le lendemain en possession de ce qu'il vient de donner la veille. Et pourtant l'attentat à la propriété n'est-il pas aussi grave dans un cas que dans l'autre ?

S'il en est encore ainsi de notre temps, ne faut-il pas admettre à fortiori que la simple promesse de donner devait avoir bien peu de valeur pour des gens aussi primitifs que les Germains et les Francs ? Il semble donc qu'à cette

époque reculée, les donateurs, qui étaient en même temps les riches et les puissants, devaient se croire bien peu liés par des obligations librement contractées envers des donataires, qui n'avaient pour eux que leur faiblesse et leur pauvreté.

Bien plus, même si l'on admet le paradoxe soutenu par Tacite que la foi à la parole donnée était chose sacrée en Germanie, il faut, en matière de don, tenir compte du mécontentement des héritiers, mécontentement d'autant plus réel qu'en vertu du condomnium tous les membres d'une famille étaient en droit de se considérer comme les co-propriétaires du bien donné par le chef. Quel scrupule pouvait, après sa mort, les empêcher de rétracter un acte de libéralité qui leur portait préjudice et auquel ils n'avaient participé d'aucune manière ?

En présence d'un tel état de choses, il est facile de concevoir le peu de stabilité des donations, et pourtant, à mesure que l'on avance dans le Moyen Age, on voit les libéralités devenir de plus en plus nombreuses. La puissance des chefs francs dépend d'abord du nombre de leurs compagnons. Pour se les attacher, ils doivent multiplier les dons et les cadeaux. Plus tard, les rois se voient forcés de récompenser leurs fidèles ; ils le font par l'abandon de parcelles de leurs vastes domaines. Enfin les leudes eux-mêmes sont portés à combler de largesses leurs arrière-vassaux, dont ils doivent s'assurer les services, les églises et

monastères, afin de gagner les faveurs du Ciel.

Il était donc de toute nécessité de donner la plus grande stabilité possible à l'acte de donation qui tenait alors une place si importante. Comme le pouvoir central ne se reconnaissait pas l'autorité suffisante pour assurer le respect des promesses, on fut forcé de chercher un autre moyen. On crut y arriver en exigeant pour la validité de la donation entre vifs le dessaisissement actuel du donateur, afin de mettre ainsi le donataire, devenu plus riche, en état de résister victorieusement à des spoliations probables, provoquées par le repentir du donateur.

Telle est pour M. Desjardins l'origine, toute nationale, de la règle « donner et retenir ne vaut », en tant qu'elle exige la tradition immédiate. Elle ne repose jusqu'ici que sur des suppositions, vraisemblables à coup sûr, mais n'ayant guère plus de valeur que de simples présomptions. Aussi a-t-on cherché à recueillir, pour soutenir cette thèse, un grand nombre de faits et de documents « montrant le mal et les moyens employés pour y remédier, en attendant qu'on eut trouvé le seul efficace : le respect du droit et des conventions ».

M. Desjardins tire ses renseignements des formules de Marculf (1). Datant de la seconde moitié du VII^e siècle, elles permettent de juger les efforts, faits en faveur de la stabilité des

(1) Albert Dejardins, loc. cit. p. 322.

donations, par les législateurs de nos deux premières dynasties. Malheureusement on ne trouve rien dans ce recueil qui ait trait à la nécessité de la tradition. On y voit bien que le législateur de l'époque, frappé de la fragilité des donations, s'est attaché à y remédier en exigeance des confirmations solennelles de libéralités déjà effectuées, ou encore en engageant le donateur à menacer des foudres de l'Eglise et de la colère du roi les héritiers qui se montreraient disposés à revenir sur les dons de leur auteur. On alla même jusqu'à prononcer contre eux des amendes au profit du fisc, afin d'intéresser au maintien de la donation le pouvoir royal, qui ne demandait pas mieux en toutes circonstances que de s'enrichir en protégeant la propriété. Mais là se bornent les mesures adoptées pour assurer la stabilité de la donation entre-vifs. Quoi d'étonnant du reste à ce que l'on n'ait pas songé à imposer dessaisissement du donateur? C'eût été certes un obstacle bien fragile, car, en ces temps de barbarie, les donations, étant pour ainsi dire un acte exclusivement réservé aux grands et aux rois, ils n'eussent certainement pas reculé devant une spoliation bien caractérisée, quand l'envie les tentait de reprendre les dons qu'ils venaient de faire. Le mal était dans la révocation des donations bien plus que dans l'inexécution des promesses faites *animo donandi*. C'était uniquement par la crainte de Dieu et par celle du roi qu'on pouvait chercher à y remédier. Nombre de documents,

datant des temps carlovingiens ou tirés des lois étrangères de la même époque, prouvent bien que telle fut la pensée commune de tous les législateurs qui cherchèrent à faire respecter les promesses de donner.

La loi des Allemands prévoit la révocation d'une donation, soit par celui qui l'a faite, soit par un de ses héritiers. « Qu'il encourt, dit-elle, le jugement de Dieu et l'excommunication de la Sainte Eglise, qu'il paye l'amende contenue dans la charte, qu'il rende les choses en entier et qu'il acquitte le *fredum publicum* d'après la loi (1). »

Les lois des Bavares et des Wisigoths contiennent des dispositions semblables et décident qu'une fois la donation faite et la charte déposée sur l'autel, ni le donateur, ni ses descendants ne peuvent plus réclamer aucun pouvoir sur la chose donnée (2).

Enfin, chez les Lombards on voit la reine Theodelinde s'écrier au même sujet : « Si quelqu'un, en quelque temps que ce soit, est si téméraire d'annuler et casser cet instrument témoin de ma volonté, que celui-là, au dernier jour du jugement, soit damné avec Judas (3) ».

A l'époque féodale, ce n'est plus par la malédiction de l'Eglise qu'on cherche à s'opposer aux

(1) Tit. I, § 2. Canciani, t. I, tit. I, § 2, page 323.

(2) Canciani, t. I, tit. I, c. I, p. 358.

(3) Paul Diacre, de *gestis Langobardorum*, trad. de Foubert, Paris, 1603, liv. IV, ch. VII.

révocations de donation; mais la tactique, pour avoir changé quelque peu ses moyens, n'en vise pas moins le même but. On s'attache surtout à la faire garantir par des confirmations aussi nombreuses que possible. Frédéric Ordal, qui paraît n'avoir écrit que pour attester les innombrables donations, faites à l'église St-Evroul, nous montre quel soin l'on apportait à faire participer à la libéralité du donateur ses enfants, ses parents et ses amis, ainsi qu'à s'assurer la confirmation du seigneur et même, si on le pouvait, de sa femme et de ses descendants. « Un certain homme d'armes, dit-il, vertueux et bon, nommé Wadon de Dreux, fit don à l'église de Saint-Michel sur Aure, dans le pays d'Evreux, avec le consentement de ses seigneurs, de ses enfants, de ses parents et de ses amis (1) ».

Un peu plus tard Bracton consacre tout un chapitre aux confirmations. « Comme quelquefois, y est-il dit, les donations, quoiqu'elles soient parfaites, sont empêchées par les héritiers, le donataire a besoin tantôt de la confirmation des héritiers, tantôt de celles des seigneurs... La confirmation est la consolidation d'un droit antérieur et d'une propriété acquise avec la première stabilité de la donation; car elle n'attribue rien de nouveau, mais consolide et confirme le droit ancien... Si l'héritier a confirmé le don de son prédécesseur

(1) Coll. Guizot. Liv. III, t. II, p. 32. Voir A. Desjardins, loc. cit. p. 329.

ou d'un autre, que le don ait été parfait ou imparfait, valide ou non, il ne pourra plus être attaqué (1).

La conclusion qui s'impose après ces nombreuses citations, c'est que toutes les mesures prises, dans notre ancien droit, pour remédier à l'état de choses signalé par M. Desjardins, tendaient bien moins à assurer l'accomplissement de la promesse par la nécessité d'une tradition immédiate qu'à empêcher le donateur de reprendre purement et simplement un bien dont le donataire était déjà en possession.

Si l'on veut, dans le droit franc, trouver les premières traces de la nécessité du dépouillement actuel, il faut attendre jusqu'à Charlemagne qui semble avoir été le premier à exiger la tradition pour que la donation fût tout à fait parfaite. Il défendit que le donateur se réservât, comme cela s'était fait jusqu'alors, « le droit de vendre, donner, échanger, aliéner les mêmes choses par une autre charte ; que chacun, dit-il, fasse définitivement de ses choses ce qu'il veut et qu'il sache que notre autorité lui interdit absolument de faire deux traditions à propos du même objet. Mais après qu'il aura fait une tradition pour les choses qui lui appartiennent, qu'il n'ait plus le pouvoir d'en faire une autre pour les mêmes choses (2) ».

Si l'on songe que c'est en grande partie par

(1) Bracton, C. 25, fol. 58.

(2) Lois de Charlemagne, C. 178, t. I, p. 158. Voir A. Desjardins, loc. cit. p. 328.

le Code Théodosien que l'Occident subit l'influence du Droit romain et que ce Code a été introduit en Occident par Valentinien III au milieu du V^e siècle, on sera naturellement porté à croire que la décision de Charlemagne sur la tradition lui a été empruntée, d'autant plus que presque toutes les lois contenues au titre *De donationibus* de ce Code (VIII, 12) subordonnent la donation d'une chose corporelle à la mancipation ou à la tradition préalable.

Donc de fortes présomptions nous portent à décider que la règle « donner et retenir ne vaut », en tant qu'elle exige la nécessité de la tradition, est issue, soit de la loi Cincia, soit du Code Théodosien. C'est en vain que, pour le nier, M. Desjardins tire argument des différences qui séparent notre règle coutumière de la loi romaine. Il importe peu que, sous l'empire de cette loi, il y ait eu à Rome d'autres moyens de donner que la livraison matérielle de la chose; il n'en est pas moins certain que, dans bien des cas, cette remise était nécessaire, et cela seul suffit pour justifier l'opinion de nos anciens auteurs.

Il ne faut pas non plus, en faveur de la thèse soutenue par M. Desjardins, tirer un argument décisif de ce que c'est justement dans les pays de droit écrit, où le droit romain conserva le plus d'influence, que la règle « donner et retenir ne vaut » n'était pas acceptée. S'il en était ainsi, c'était uniquement parce que le Parlement de Tou-

louse avait reproduit sans le mutiler le droit romain et continuait à reconnaître à la stipulation la valeur qu'elle avait à Rome. Aussi tandis que, dans les provinces coutumières, la donation ne pouvait se faire que par tradition, elle pouvait, dans les pays de droit écrit, se faire ou par promesse ou par tradition.

Bref, il semble que les arguments, invoqués par M. Desjardins pour soutenir l'origine nationale de notre règle, en tant qu'elle exige le dessaisissement actuel du donateur, sont loin d'être aussi décisifs qu'ils le paraissent au premier abord. A défaut de preuve concluante, il est logique de préférer à une théorie toute moderne, celle qui de tout temps fut admise par des jurisconsultes, qui, en somme, n'étaient pas aussi étrangers qu'on l'affirme à l'étude de l'histoire du droit et à la recherche historique des sources.

Quant au motif qui porta les rédacteurs des Coutumes à exiger dans l'acte de donation une tradition immédiate, il ne paraît pas différent de celui qui inspira les auteurs de la loi Cincia. On se montra, dans les deux cas, animé d'un très vif sentiment de haine à l'égard des donations, dont le résultat le plus clair et le plus réel était l'appauvrissement du donateur. En France comme à Rome, on voulut le forcer à réfléchir avant de s'engager. Le meilleur moyen d'y parvenir était de le mettre sans retard en présence des conséquences de l'acte qu'il se proposait d'accomplir. « La néces-

sité du dessaisissement, dit Delalande, fait qu'on ne donne pas avec tant d'inconsidération ».

Plus tard on trouva d'autres avantages au principe qui exige la tradition. Il fait, nous dit Ricard, comme le sceau et la vérification de la donation afin qu'elle paraisse avoir été faite sincèrement et sans dissimulation. « A quoi on peut ajouter que cet établissement a eu pour fondement le bien public et la sûreté du commerce, afin que la connaissance de la possession ne demeure pas incertaine et que ceux qui viendront à contracter avec le donateur ou ses héritiers qui pourraient accepter la succession, ne voyant aucun changement dans la possession de ce qui lui appartenait, ne se persuadent pas avoir leur sûreté sur ce qui ne lui appartient plus qu'en apparence (1) ».

Mais quelque réel que soit le profit retiré à ce point de vue de la règle « donner et retenir ne vaut », il faut reconnaître que l'introduction des cas de tradition feinte, ne tarda pas à rendre complètement illusoire la protection ainsi offerte aux créanciers et héritiers du donataire.

§ II. — Des causes originaires et des motifs de la règle d'irrévocabilité dans la donation entre vifs.

Si, comme on vient de le voir, c'est à Rome qu'il faut rechercher les causes originaires de la

(1) Ricard. Traité des don. entre vifs, t. I, 1^{re} part, ch. IV, sect. II, n^o 901.

nécessité de la tradition, il en est tout autrement de l'origine de la règle d'irrévocabilité. Le développement de ce caractère spécial de la donation ne paraît pas s'être effectué sérieusement avant le XVI^e siècle. Sans doute quelques-unes de nos vieilles coutumes avaient souligné, d'une façon toute particulière, ce principe commun du reste à toute sorte d'obligations, et cela pour combattre la facilité trop grande des donateurs à revenir sur leurs engagements. On pourrait à ce propos retracer ici le tableau des efforts, tentés par nos premiers législateurs, pour assurer plus de fixité à la donation, mais nous croyons avoir suffisamment mis en lumière ce travail dans le paragraphe précédent. Bornons-nous donc à faire observer que, si le principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs a été proclamé dès les XII^e et XIII^e siècles par les Assises de Jérusalem et les Coutumiers anglo-normands, on ne peut cependant pas dire qu'à cette époque l'irrévocabilité ait été regardée comme une condition essentielle de la donation. Les Assises de Jérusalem, en effet, permettaient la révocation au gré du donateur quand une clause formelle, en ce sens, avait été insérée dans la charte de donation. Et Beaumanoir, tout en refusant au donateur la faculté de révoquer à son gré, fait néanmoins à la donation l'application de la grande loi juridique, d'après laquelle les parties sont liées par toute clause valablement faite :

« toutes convenances sont à tenir, et par ce, dit-on, convenance loi vaint (1) ».

La règle, après Beaumanoir, resta plusieurs siècles à couvrir sans se manifester d'aucune manière. Bien que plusieurs Coutumes, comme celles du Nivernais, du Bourbonnais et d'Auvergne, aient déclaré nulle la donation, faite à charge pour le donataire de payer les dettes du donateur, on voit encore, à la fin du XVI^e siècle, Charondas le Caron soutenir, en vertu du silence de la Coutume de Paris, la validité d'une telle donation.

Mais, quelques années plus tard, la règle est changée. Ferrières, Godefroy et Ricard s'accordent à considérer l'irrévocabilité comme une condition essentielle de la donation et l'on sait déjà comment ils furent amenés à ce résultat, dans le seul but de conserver un sens suffisant à la maxime « donner et retenir ne vaut », qui, autrement, n'aurait plus eu aucune raison d'être, après que l'influence prépondérante du droit nouveau eût fait admettre à côté de la tradition réelle les nombreux cas de tradition feinte.

On peut donc dire avec raison que le principe de l'irrévocabilité, avec cette portée nouvelle, est issue d'une erreur des jurisconsultes de la renaissance. Rien d'étonnant à ce que cette origine futile, quoique très réelle, n'ait pas été mentionnée par ceux qui l'avaient créée, puisqu'ils croyaient se con-

(1) Beaumanoir. Les cout. de Beauvoisis, ch. XXXIV, n^o 2. Dans l'édition de Beugnot, 1842, t. II, p. 2.

former à des dispositions juridiques déjà anciennes. Du reste nos anciens auteurs eussent-ils en parfaite connaissance de cause restauré, avec de nouveaux éléments, la vieille règle coutumière, ils n'eussent pas manqué de raisons sérieuses pour justifier leur innovation. Ferrières (1), Argou (2) et Pothier (3) se sont ingéniés avec succès pour trouver à notre principe des motifs économiques et sociaux. A ce point de vue, il est intéressant d'étudier leurs travaux, car on peut dire qu'ils font passer sous nos yeux tous les arguments par lesquels des législateurs modernes pourraient, aujourd'hui encore, soutenir les avantages qu'il y aurait à conserver ou à rétablir la vieille règle « donner et retenir ne vaut », telle qu'elle était comprise à la fin de la monarchie.

Tous ces motifs peuvent se ramener à deux. L'irrévocabilité sert d'abord à assurer la conservation des biens dans les familles, ensuite à sauvegarder l'intérêt des créanciers du donataire et des tiers, qui, trompés par sa possession apparente, auraient pu le croire propriétaire incommutable.

A l'époque dont il est question ici, sous l'influence d'un régime politique reposant tout entier sur le maintien de la fortune et de la puissance dans les mêmes familles nobles, il est évident que

(1) Ferrières, sur l'art. 272 de la cout. de Paris, n° 8.

(2) Ricard, loc. cit., n° 901.

(3) Pothier, loc. cit., n° 25.

tout ce qui avait trait à la dévolution des biens devait être réglé avec une précision remarquable. La manière dont nos coutumes avaient concilié les deux principes si contraires de la conservation des biens dans les familles et de la liberté des propriétaires mérite, en effet, toute notre admiration. L'usage général du royaume avait reconnu la prédominance du premier principe en tout ce qui a trait au testament. La donation entre-vifs, au contraire, restait libre. Si le chef de famille ne pouvait par testament disposer de ses propres au-delà de certaines limites, il lui était permis de les aliéner en totalité par donations entre-vifs.

Cette distinction était logique. Elle remplissait admirablement le but poursuivi par les Coutumes, qui était d'assurer aux héritiers le patrimoine de leur auteur, tout en lui laissant sa vie durant la libre disposition de ses biens. On comptait, en effet, avec raison sur la répulsion de tout homme à se dépouiller sans retard de ce qui lui appartient ; mais il fallait encore par une combinaison ingénieuse empêcher que la loi ne fût éludée. C'est pour cela que l'on dut prévoir et défendre les clauses, grâce auxquelles par des donations, qualifiées entre-vifs, mais en fait ne diminuant en rien ses droits, le donateur pouvait frustrer ses héritiers en se réservant la jouissance des choses données. Telle est pour Ferrières, comme pour Argou, la raison qui ustifie la rigueur avec laquelle on traitait, des le XVI^e siècle, tout ce qui parut contraire au principe

de l'ancien coutume. « Si l'on avait, dit Pothier (1), permis aux particuliers de léguer donation de leurs biens et de révoquer la faculté d'en pouvoir disposer, on aurait ouvert un moyen facile de frustrer ses héritiers par des donations déguisées entre-vifs, sans que les donateurs en pussent éprouver aucun inconvénient, et sans être obligés de se défendre des droits qu'ils avaient eus les donations et sans se défendre eux-mêmes des choses données, contre le malin et la subtilité des donateurs qu'ils tenaient, et dans le besoin seulement de frustrer leurs héritiers de leurs biens; car, comme il est permis de disposer de tous ses biens par donations entre-vifs, sans distinction de propres et d'acquêts, et que la faculté de disposer des biens par dernière volonté est restreinte en faveur par toutes nos coutumes, quand on voudrait dépouiller ses héritiers de tous ses biens, on choisirait cette voie qui lègue ou révoquerait la disposition de la coutume, tout en faveur des héritiers ».

D'après Demolombe, ce motif suffirait à lui seul à expliquer la présence dans nos coutumes de la règle : donner et revendre ne vaut. Cette explication ne paraît pas acceptable si l'on songe que d'une part bien des coutumes, admettant le testament, laissent une égale liberté au donateur et au testateur et que, d'autre part, certaines coutumes, de celles qui restreignent beaucoup plus la

(1) Familées. Cout. de Paris, sur l'art. 275, n° 5.

faculté de tester que celle de donner, avaient exclu formellement toutes les conséquences de la maxime « donner et retenir ne vaut ». La coutume de Lille est le type le plus remarquable de ce groupe de coutumes. Elle défendait de disposer des immeubles par testament, mais elle permettait de les aliéner par donation entre-vifs. Et pourtant, dit Paton (1), son commentateur, « rien n'empêchait de donner entre vifs et de retenir, en même temps, le domaine et la possession des choses données, pourvu que d'ailleurs la donation soit irrévocable, comme est celle des biens qu'on laissera à sa mort ».

Or, s'il est vrai que toutes les coutumes, qui ont admis les conséquences rigoureuses du principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs n'ont pas également adopté des quotités disponibles différentes en matière de donation entre-vifs et de testament, il est inexact d'affirmer que le désir de conserver les biens dans les familles a été le seul motif par lequel furent inspirés les rédacteurs des coutumes, quand ils donnèrent au caractère d'irrévocabilité de la donation entre-vifs le développement que nous lui connaissons.

Il fallait donc trouver une autre raison pour justifier la présence de notre règle dans les coutumes qui, à l'exemple de celles de Reims (art. 232 et 292), et de Châlons (art. 63-70) restreignaient à une même quotité la faculté de disposer aussi bien entre-vifs que par testament. C'est Dumoulin qui le

premier donna l'explication cherchée. Il présume qu'on a voulu protéger ainsi les créanciers du donataire et les tiers qui l'auraient pu croire propriétaire incommutable (1).

En résumé, nous croyons qu'on peut ramener à quatre les motifs par lesquels se justifie la règle « donner et retenir ne vaut. » Par la tradition, on voulut forcer le donateur à la réflexion et en même temps protéger ses créanciers et héritiers qui pourraient être trompés, en voyant rester dans le patrimoine de leur ayant cause un bien déjà donné ; par l'irrévocabilité on crut assurer la conservation des biens dans les familles et protéger les créanciers et ayant cause du donataire contre l'éventualité des révocations tardives.

(1) Sur l'art. 160 de l'ancienne coutume de Paris. voir A. Desjardins, loc. cit. p. 240

SECONDE PARTIE

De la règle « donner et retenir ne vaut »

DANS LE CODE CIVIL

CHAPITRE I

La règle « donner et retenir ne vaut » a-t-elle été maintenue par le Code civil ?

C'est aujourd'hui une opinion presque universellement admise par la doctrine et la jurisprudence que le Code civil a reproduit la règle « donner et retenir ne vaut » avec le sens et la portée, qui lui furent reconnus par les législateurs des XVII^e et XVIII^e siècles. On s'accorde en général à soutenir l'existence en matière de donation d'un principe exceptionnel, d'après lequel cet acte de libéralité serait essentiellement irrévocable.

Nous avons déjà vu combien il est douteux que telle ait été la théorie adoptée par le législateur dans l'ordonnance de 1731. Malgré l'opinion des auteurs de droit civil les plus considérables, il nous semble que sur cette même question le doute s'impose avec bien plus de force encore, dans notre législation actuelle. Nous sommes, quant à nous, très portés à croire qu'il ne reste plus dans nos lois modernes aucune trace de la maxime « donner et retenir ne vaut » et, qu'il

faut par conséquent, au point de vue de l'irrévocabilité, assimiler entièrement la donation et tous les autres contrats.

Personne ne soutient plus que la tradition soit encore nécessaire pour parfaire la donation entre vifs. Toutefois certains auteurs semblent croire, avec M. Valette, qu'il existe toujours dans l'article 938 un dernier vestige de notre ancienne règle.

« La donation, y est-il dit, sera parfaite par le seul consentement des parties et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire sans qu'il soit besoin d'autre tradition ». Il paraît bien résulter de ce texte que le code n'a pas regardé le simple consentement des parties dans la donation comme suffisant pour opérer le transfert de la propriété, mais qu'il continue au contraire à exiger pour atteindre ce but une sorte de tradition feinte. Dès lors, la seule innovation de notre loi moderne aurait été de sous-entendre dans l'acte de donation une clause analogue à celle de dessaisine saisine, qui, dans la coutume d'Orléans, équivalait à une tradition réelle quand elle avait été insérée dans le contrat (1).

Cette théorie n'a pas prévalu, car l'article 1138, d'après lequel l'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement, la rend difficilement acceptable même en matière de donation entre vifs. Elle

(1) Valette, *revue du droit fr. et étr.*, t. III, année 1846, p. 781 note 2.

Marcadé, *art. 1138*, *Demol.*, t. I, n° 414 et suiv.

Colmet de Santerre, t. V, n° 55 bis.

n'entraînerait d'ailleurs aucun résultat pratique, puisque c'est un principe incontesté que la propriété se transfère de nos jours par le seul effet de la convention. Ce serait donc enfoncer une porte ouverte que de s'attarder à soutenir que la tradition réelle, telle qu'elle fut exigée aux beaux jours de la règle « donner et retenir ne vaut », n'a plus rien à voir avec la donation.

Une telle tradition, du reste, n'aurait plus dans notre droit aucune raison d'être. Quels seraient en effet les avantages de cette formalité ? Serait-ce de forcer le donateur à la réflexion en le mettant sans retard en présence des résultats de l'acte qui va l'appauvrir. Mais on atteint ce but d'une façon bien plus certaine en faisant de la donation un contrat solennel. Le notaire chargé de rédiger la convention n'a-t-il pas pour mission d'éclairer les parties et d'attirer tout spécialement l'attention du donateur sur les conséquences probables de sa générosité ? Voudrait-on faire de la tradition un moyen de prévenir de la donation les héritiers ou créanciers du donateur ? Mais les rédacteurs du code ont justement trouvé dans la transcription un mode à la fois moins gênant et plus sûr d'arriver à ce résultat.

Laissons donc de côté la première signification de notre maxime « donner et retenir ne vaut » pour nous attacher entièrement à la règle de l'irrévocabilité. On soutient qu'il faut encore aujourd'hui décider que l'irrévocabilité est une condition essentielle de la donation entre-vifs. Prise en ce second

sens, la règle « donner et retenir ne vaut » aurait été admise par nos législateurs de 1804 comme elle l'avait été auparavant par les rédacteurs des coutumes.

* A notre avis, il faut rejeter cette doctrine, car il serait étonnant que les auteurs du Code aient eu l'intention de conserver une règle qu'ils ne mentionnent en aucun article, alors qu'ils mettent la plus grande complaisance à reproduire des brocards d'une forme analogue, tels par exemple que celui de l'article 2279 : « en fait de meubles possession vaut titre ».

Si l'on consulte les travaux préparatoires, on voit, il est vrai que la maxime « donner et retenir ne vaut » est textuellement citée dans l'exposé des motifs, fait par Bigo-Préameneu à la séance du Corps Législatif du 2 floréal an XI. « Il n'existe point, dit-il, de donation entre vifs, à moins que le donateur ne se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte. De là ces maximes que « donner et retenir ne vaut » et que c'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose donnée (1). »

Mais il résulte évidemment de cette manière de s'exprimer que l'auteur de l'exposé des motifs considérait la maxime comme une déduction logique de la définition juridique de la donation et qu'il ne lui reconnaissait aucune signification spéciale.

(1) Locré, Législation de la France, t. XI, comm. XIV, n° 45.

capable d'entraîner, quant à l'irrévocabilité de la donation entre-vifs, des conséquences en contradiction avec le droit commun (1).

Or Laurent, le plus acharné de ceux qui soutiennent la reproduction de notre brocard par le Code civil, est bien forcé de reconnaître que « dans la matière de l'irrévocabilité des donations il est, par suite de cette maxime, très chanceux de prendre appui sur les principes; on pourrait presque affirmer, ajoute-t-il, qu'une opinion, qui est en harmonie avec les principes, est en opposition avec la règle de l'irrévocabilité, car la règle « donner et retenir ne vaut » est précisément une dérogation aux vrais principes. »

S'il en est ainsi, comment croire que le Code n'ait usé que de termes ambigus et détournés pour manifester son intention d'admettre une règle, à bon droit regardée comme un véritable nid à décisions bizarres, capables de bouleverser les principes les mieux établis de notre droit en matière d'obligation (2).

On objectera, à coup sûr, que le principe de l'irrévocabilité de la donation entre-vifs est expressément formulé dans nos lois, puisque l'article 894 exige que le donateur « se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée. » Or, dit-on, s'il était vrai qu'il ne fallait pas voir dans ce texte autre chose qu'une application des articles 1170 et

(1) Voir Bauby, *Revue Pratique*, année 1862, t. XIII, p. 9 et suiv.

(2) Laurent, t. XII, sect. IV, § 1, n° 1, 407 et suiv.

1174 et si l'on devait se borner à décider que la donation est nulle, comme tout autre contrat, quand elle est faite sous une condition potestative de la part du donateur, on serait à tout le moins forcé de reconnaître qu'il était inutile de traiter de l'irrévocabilité à propos de la donation.

Sans doute le silence du législateur sur cette matière n'aurait eu rien d'étonnant. Mais de ce que le mot « irrévocablement » est entré dans la définition de la donation, il n'en résulte pas nécessairement qu'il faille lui trouver pour ce cas un sens particulier. La donation doit être un acte irrévocable au même degré que les autres contrats. Si l'on a cru bon d'insister sur ce caractère c'est que, par sa nature, la donation est, comme nous l'avons déjà montré, l'acte que l'on est porté à regarder comme le plus facilement révocable. Il fallait réagir contre cette tendance. On l'a fait. Rien de plus.

Jaubert, l'auteur du rapport au tribunal, dit bien à la vérité « qu'il est de l'essence de la donation entre vifs qu'elle soit irrévocable. Mais serait-il moins vrai de dire, par exemple, qu'il est de l'essence de la vente d'être irrévocable, que donner et vendre ne vaut pas ? Le vendeur ferait-il une convention valable s'il subordonnait son aliénation à la condition si voluero ? Non, évidemment, et cela est si vrai que le législateur

(1) Locré, Législation de la France, t. XI, partie II, comm. XV, n° 39.

a cru devoir prendre des dispositions spéciales pour autoriser la vente à réméré, de même qu'il a dû prévoir expressément dans les articles 953 et suivants les exceptions à la règle de l'irrévocabilité de la donation entre vifs.

Du reste, si l'on veut à toute force donner au mot irrévocable de l'article 894 son sens traditionnel, en vertu de quel droit le refuserait-on à cette autre expression : « se dépouille actuellement » ? Et l'on serait ainsi forcé de revenir à la nécessité de la tradition réelle, formalité expressément repoussée par le Code.

On cherchera sans doute à combattre cette théorie par les articles 943, 944, 945 et 946 et l'on dira : la meilleure preuve que le Code reproduit la maxime « donner et retenir ne vaut » c'est qu'à l'exemple de l'ordonnance de 1731, il prend soin d'en déduire toutes les conséquences.

L'objection certes aurait sa valeur s'il n'était possible de voir dans ces articles que des applications de notre règle ; mais il nous semble qu'il n'est pas difficile de leur trouver une autre explication.

L'article 943 annule la donation de biens à venir. Est-ce nécessairement parce que le donateur ne se dépouille pas d'une façon irrévocable ? Nullement, c'est parce que l'objet de cette donation est incertain et indéterminé. Il ne faut donc voir dans la décision de l'article 943 qu'une conséquence du principe général de l'article 1108, exigeant pour

la validité des conventions « un objet certain qui forme la matière de l'engagement ». Il est vrai que l'article 1130 reconnaît que les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation, mais il faut que ces choses soient suffisamment déterminées, car il est impossible de voir dans l'article 1130 une dérogation à l'article 1129, par lequel il est exigé que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose, ajoute cet article, peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée. C'est en rapprochant ces décisions du texte de l'article 943 que l'on a été amené à juger que cet article autorise, par exemple, des donations telles que celles de poulains à naître de telle jument, bien qu'il soit incontestable que cette libéralité constitue une donation des biens à venir, dont l'exécution dépend de la volonté du donateur, qui reste libre de ne pas faire saillir sa jument (1).

D'après l'article 944, est nulle « toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur ». Nous n'avons jamais compris que l'on ait pu voir dans cette disposition autre chose qu'une application de l'article 1174, annulant toute obligation « contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ». Il paraît même probable que le législateur a voulu, dans cette disposition, manifester son intention de rompre entièrement avec les erre-

(1) *Huc : Code italien, t. I, p. 239 et suiv.*

ments de l'ancienne jurisprudence, puisqu'il dit d'une façon aussi claire que possible qu'il n'annulera désormais la donation que dans le cas où elle serait faite sous une condition dépendant de la seule volonté du donateur. Ce mot « seule » est en notre matière d'une importance capitale. Il est inconciliable avec la doctrine qui découle de la règle « donner et retenir ne vaut », et l'on a peine à s'expliquer, en présence d'un texte aussi précis, que certains tribunaux aient pu trouver dans l'article 944 le droit de déclarer la nullité d'une donation subordonnée à une condition simplement potestative.

Le même article 1174 suffit à expliquer l'article 946, car il est évident qu'une donation dépend de la seule volonté du donateur, quand il s'est réservé le droit de disposer à son gré des objets ou des sommes donnés.

Reste donc l'article 945. Mais il est facile de voir que cet article, qui annule la donation faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles existant à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé, découle directement de l'article 1129. Ici ce n'est plus l'obligation du donateur, qui est incertaine et indéterminée, c'est l'obligation du donataire, puisqu'il est laissé au caprice du disposant de faire payer par celui qu'il gratifie le prix qu'il lui conviendra.

Comme on le voit, ni l'article 894, ni les articles 943 et suivants ne fournissent des arguments assez décisifs pour justifier le maintien d'une règle aussi peu juridique que le vieux brocard de notre droit coutumier. Il reste à montrer qu'à défaut de textes, les partisans de la maxime « donner et retenir ne vaut » ne peuvent même pas invoquer, en sa faveur, l'esprit de la loi. Il suffira pour cela de reprendre un à un les motifs invoqués par nos anciens auteurs pour donner, en matière de donation, un caractère spécial au principe d'irrévocabilité, communs à tous les contrats, et de montrer qu'ils n'ont plus aucune raison d'être dans le Code civil.

Ecartons d'abord l'explication, donnée par Dumoulin, d'après laquelle la règle « donner et retenir ne vaut » aurait servi à protéger contre l'éventualité des révocations tardives les créanciers et les ayants-cause du donataire. Certes ce danger est devenu bien illusoire dans le système du code et le mode de protection, tirée de la règle, serait au moins inutile. En effet, s'il s'agit de donations immobilières, grâce à la transcription que, dès sa promulgation, le code exigea pour les actes de donation, les créanciers et ayants-cause du donataire ne peuvent éprouver aucune difficulté à prendre connaissance du contrat. Au cas de donation mobilière, ils sont suffisamment protégés par l'article 2279 « en fait de meubles possession vaut titre ».

Quant à la considération du maintien des biens dans les familles, elle n'a conservé qu'une valeur bien minime dans le régime actuel, qui, soumis à l'influence des principes égalitaires de 1789, s'est trop peu préoccupé de la stabilité des fortunes pour qu'on puisse croire qu'il ait, en vue d'un pareil but, songé à porter atteinte au grand principe de la liberté des conventions. Si l'on converge quelques doutes sur ce point, il suffira pour les éclaircir de se reporter à l'exposé des motifs de Bigot-Préameneu. On y verra quel respect il professait pour l'indépendance du chef de famille dans l'exercice de son droit de propriété « L'avantage, dit-il, que la loi peut retirer en laissant agir la volonté de l'homme est trop précieuse pour qu'elle le néglige » (1). Si le législateur se croit encore obligé de réserver aux enfants, sous le titre de légitime, une certaine quotité des biens de leur ascendant, c'est uniquement dans la crainte que les pères et mères, qui leur ont donné l'existence naturelle, ne soient portés par la passion à oublier les devoirs, que leur impose la paternité, d'assurer à ces enfants l'existence civile.

Ainsi, on le voit, l'esprit du code pas plus que son texte ne paraît fournir d'arguments sérieux à ceux qui soutiennent la reproduction dans notre législation du brocard « donner et retenir ne vaut ». Au contraire, il nous semble même qu'en dehors

(1) Locré, Législation de la France, t. XI, part II, comm. XIV, n° 2, p. 354.

de l'article 944 un examen attentif du code ferait découvrir cà et là des dispositions incompatibles avec le principe de l'irrévocabilité.

C'est ainsi que l'article 949, d'après lequel il est permis au donateur de faire la réserve à son profit, ou de disposer au profit d'un autre de la jouissance ou de l'usufruit des biens meubles ou immeubles donnés, le dispense tacitement de la caution ordinairement exigée de l'usufruitier. Comment concilier avec la maxime cette dérogation aux règles de l'usufruit ? Si, comme on le prétend, nos législateurs avaient voulu faire planer sur toute la matière des donations entre vifs, la grande règle de l'irrévocabilité, ils eussent dû, pour être logiques, augmenter dans notre cas, au lieu de les diminuer, les garanties que le droit commun a coutume d'accorder au nu-propriétaire, car il est de toute évidence qu'un donateur, qui conserve la jouissance, peut par l'abus de la chose attenter au droit du donataire. Peut-être cherchera-t-on à cette objection une réponse dans l'article 950 qui, au cas de disparition des objets donnés avec réserve d'usufruit, accorde au donataire une action contre le donateur ou ses héritiers pour les contraindre à en payer la valeur déclarée à l'état estimatif ? Mais il faut reconnaître que cette responsabilité n'étant sanctionnée par aucune garantie se trouverait illusoire au cas où le donateur meurt insolvable.

Enfin ne peut-on pas dire avec raison que dans le code civil la donation, loin d'être un contrat plus

irrévocable que les autres, est au contraire l'acte le plus facilement révocable, puisque l'article 953 admet sa révocation pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle a été faite, pour cause d'ingratitude et pour cause de survenance d'enfants.

Donc, nous concluons en thèse générale à la disparition totale et complète de la maxime « donner et retenir ne vaut. » Voyons maintenant quelles conséquences il nous faut tirer des articles 943 à 946, interprétés uniquement d'après les règles du droit commun et dégagés de toute relation avec le principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs.

CHAPITRE II

De la donation des biens à venir

Dans l'opinion, soutenue par la grande majorité des auteurs, l'article 943, d'après lequel la donation de biens à venir est prohibée, n'est qu'une conséquence logique de la règle « donner et retenir ne vaut ». On fait ainsi découler cet article des articles 894 et 944. La donation de biens à venir, dit-on, est nulle parce qu'il dépend de la volonté du donateur de la faire valoir ou de l'anéantir en acquérant ou en n'acquérant pas, dans la suite, les biens qui doivent faire l'objet de la libéralité.

C'est la tradition qui fournit le principal argument de cette théorie. Si les commentateurs des coutumes ont prohibé la donation de biens à venir, c'est qu'ils y étaient en quelque sorte forcés par la règle « donner et retenir ne vaut ». L'ordonnance de 1731, dont le rédacteur fut certainement dominé par l'influence des lois coutumières, reproduit la même prohibition, et le Code civil, dans son article 943, copie presque à la lettre

la disposition de l'article XV de cette ordonnance.

La réponse est facile. En admettant même, ce que nous ne croyons pas, que l'ordonnance ait conservé la vieille maxime de nos coutumes, la différence capitale qui sépare la disposition de son article XV de l'article 943 de notre code montre d'une façon évidente que les deux législateurs ont très bien pu s'inspirer de motifs très différents.

Supposons, en effet, une donation cumulative de biens présents et de biens à venir, en nous plaçant alternativement sous le régime de l'ordonnance et sous celui du code. Si l'on veut appliquer à l'acte de donation la règle « donner et retenir ne vaut », il faut nécessairement considérer ce contrat comme indivisible et le frapper de nullité pour le tout, puisque la donation de biens présents et à venir emporte avec elle pour le donataire la charge d'acquitter toutes les dettes contractées par le donateur jusqu'à son décès, dettes qu'il lui est facile d'accumuler au point de réduire à néant son acte de libéralité.

Mais tout autre pouvait être la solution, adoptée en pareil cas par un législateur, qui, faisant abstraction du vieux brocard coutumier, se bornait à faire à la donation l'application du principe, suivi en matière d'obligation, qu'il faut un objet certain pour servir de base à toute convention. Il pouvait n'admettre la nullité qu'à l'égard des biens à venir, encore existants pour les parties contractantes, et respecter la donation en tant

qu'elle comprend les biens présents, très capables de former la matière d'un engagement. Tel est le raisonnement auquel semblent avoir obéi les rédacteurs du code, en rédigeant l'article 943 ainsi conçu : « la donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend les biens à venir, elle sera nulle à cet égard ». Qu'on ne dise pas que ces décisions opposées sont le résultat d'une manière différente d'interpréter l'intention du donateur ; que les coutumes présumaient sa volonté de revenir sur une libéralité, dégagée des charges qu'il avait voulu imposer à son obligé, tandis que le Code présume, au contraire, l'intention de maintenir la donation dans les limites du possible. Il n'est pas admissible que le Code ne se soit inspiré que de ce seul motif, car le donateur des biens présents et à venir dispose en fait de l'universalité de son patrimoine ; or il est évident que celui qui donne une universalité entend la soumettre à toutes les charges dont elle est grevée. Il faut donc reconnaître qu'en décrétant la validité de la donation à l'égard des biens présents, nos législateurs ont dû s'inspirer de ce grand principe de la donation : *Utilem partem donationis non vitiari per inutilem*.

Pour nous, qui nions l'existence dans le Code civil de la règle « donner et retenir ne vaut », l'article 943 se rattache aux principes ordinaires du droit en matière d'obligation. La disposition de cet article n'est, en effet, qu'une application de

l'article 1108, exigeant, entre autres conditions essentielles à la validité d'une obligation, un objet certain qui forme la matière de l'engagement.

Il est évident que celui qui donne des biens à venir, c'est-à-dire sur lesquels il n'a, à l'heure de la donation, aucun droit ni présent ni éventuel, fait un acte nul faute d'objet puisque ne pouvant donner que ce qu'il a, il n'a pas ce qu'il donne. Cela est si vrai que, dans la législation de Justinien, où le simple pacte de donation était regardé comme valable, la donation de biens à venir, telle que nous l'entendons ici, fut toujours considérée comme impossible. Si la loi 35, § 4, C. de donat., parle d'une donation universelle et la déclare bonne, c'est que par cette expression, elle se borne à viser une donation de tous biens présents. Justinien le fait entendre d'une façon certaine en décidant expressément que le donateur doit livrer tout ce qu'il a promis.

Les adversaires de notre théorie ne manqueront pas d'opposer à notre système l'article 1130, d'après lequel les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation. Ils présenteront alors l'article 943 comme une restriction, spéciale à la donation, au principe posé dans l'article 1130.

Cette objection repose sur une confusion manifeste des deux expressions distinctes : biens à venir et choses futures. Les choses futures, dont parle l'article 1130 ne rentrent pas dans la classe des biens à venir. Sans doute ce sont des choses, qui,

en fait, peuvent ne pas avoir encore une existence réelle et physique ; mais au point de vue juridique, elles existent, du moins en espérance. Celui qui en dispose doit avoir sur elles un droit actuel, sans quoi, en vertu de l'article 1108, son obligation ne pourrait se former, puisqu'elle manquerait d'un objet certain et déterminé.

Bien plus, il n'est pas difficile de prouver que les choses futures de l'article 1130 doivent se ranger parmi les biens présents de l'article 943. Furgole le dit en termes si précis qu'ils ne laissent subsister aucune équivoque : « que s'il s'agit d'un droit acquis au donateur ou d'une action qui lui compète ou qui pourra lui compéter dans l'événement de quelque condition qui puisse avoir un effet rétroactif au jour de l'acte qui établit le droit ou l'action, ce n'est pas un bien à venir » (1).

Cette définition des biens présents conserve sous le code toute sa valeur. Laurent lui-même n'a jamais cherché à le nier, et nous aimons à invoquer le témoignage de cet auteur parce qu'il est justement le plus convaincu des partisans de la règle « donner et retenir ne vaut. » S'il fait rentrer parmi les biens à venir une hérédité future, quoique l'héritier réservataire ait une espérance fondée à une quote-part de la succession, c'est, dit-il, que cette espérance ne lui donne aucune action,

(1) Furgole : Ordonnance de Louis XV sur les donations. Art. XV, Paris. Celot, 1875, p. 126.

aucun droit actuel ni conditionnel et peut même lui être enlevée par une loi nouvelle.

Voilà donc bien établie la proposition que nous avons avancée, d'après laquelle les choses futures rentrent dans les biens présents de l'article 943.

Reste maintenant à déterminer ce qu'il faut entendre par biens à venir. C'est encore à Furgole que nous emprunterons cette définition. « Lorsque les biens ne sont pas au pouvoir du donateur et qu'il n'a aucun droit ni aucune action pure ou conditionnelle pour les prétendre ou pour les espérer, c'est le véritable cas des biens à venir dont il est défendu de faire des donations ».

Cette manière d'entendre l'expression de biens à venir a été adoptée par la plupart des auteurs modernes, même par ceux qui font découler l'article 943 de la règle « donner et retenir ne vaut ». On s'accorde à reconnaître qu'il n'est point indispensable pour qu'il y ait donation valable que le disposant ait actuellement en sa possession l'objet donné et en transfère immédiatement la propriété. Il est suffisant qu'il puisse conférer sur cette chose un droit dont il se dessaisit au point de ne plus pouvoir l'anéantir par la suite. C'est ainsi que je puis valablement disposer à titre gratuit de la récolte que produira mon champ dans un an, du poulain à naître de telle jument qui m'appartient ou de mon gain dans telle société dont je fais partie. Mais il n'en serait pas de même d'une donation des fruits que produira tel domaine dont la

propriété appartient à un tiers ou des bénéfices d'une entreprise que j'ai l'intention de fonder, mais dont l'existence est encore incertaine.

Ces principes sont clairs et faciles à saisir. Il faut se garder de les perdre de vue si l'on veut résoudre la question si délicate de savoir quelle est la valeur d'une donation de somme d'argent, payable à un terme postérieur à la mort du donateur.

Mais avant d'entrer dans l'examen de ce problème compliqué, il importe d'écarter certaines hypothèses, où l'on se trouve en présence d'actes, qui, par suite des expressions employées par les parties, semblent plutôt devoir rentrer dans la classe des donations à cause de mort que dans celle des donations entre-vifs. Tel est le cas de donation d'une somme, à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès, ou encore sur les plus clairs deniers de sa succession. A notre sens, ce qui fait l'objet de la donation, c'est moins une créance à terme qu'une portion du patrimoine que délaissera le donateur et il est évident qu'une telle donation est nulle, sinon, comme on le dit souvent, parce qu'elle est incompatible avec la règle « donner et retenir ne vaut », du moins parce qu'elle constitue une convention dont l'objet est une succession future qui, en cette qualité, tombe sous le coup de l'article 1130.

C'est donc à tort, selon nous, que par un arrêt du 3 décembre 1878 (1), la Cour de cassà-

(1) Siré, 1879, 1, 72.

tion a validé la donation d'une somme payable par la succession après le décès, sous prétexte que, par ces expressions « ma succession paiera », le donateur a entendu grever, dès le jour même de l'acte, sa succession au profit du donataire du montant de la somme faisant l'objet de la libéralité. Comment soutenir que la mention faisant seul débiteur de l'obligation une succession qui n'est pas ouverte se borne à porter l'exigibilité à une date postérieure au décès du donateur. Les mots ont leur valeur qu'il faut respecter. En décidant qu'il y avait, dans l'acte, donation d'une créance dont le paiement seul est différé, la Cour de cassation a faussement interprété le texte de la convention. En effet, si le donateur avait expressément stipulé que le paiement serait effectué par sa succession, c'est-à-dire par ses héritiers, c'est qu'avant tout il tenait à indiquer qu'il entendait bien n'être de son vivant soumis à aucune obligation. Or s'il en est ainsi, il n'est pas possible de considérer le donataire comme créancier actuel du donateur, car ce serait lui reconnaître des droits que le donateur a certainement refusé de lui concéder, tels que ceux de faire immédiatement tous les actes conservatoires de sa créance, et même, au cas de déconfiture du disposant, d'exiger un paiement immédiat. On ne peut donc voir, dans la donation validée par la Cour de cassation, autre chose qu'un pacte sur succession future, pacte que l'article 1130 nous oblige à considérer comme nul.

Suffirait-il pour justifier une solution contraire que le donateur ait garanti d'une manière quelconque l'exécution de la donation, en donnant par exemple une hypothèque ou une caution pour sûreté du paiement de la somme promise.

Les auteurs, qui trouvent dans le principe de l'irrévocabilité le seul motif d'annuler la donation d'une somme payable par la succession du donateur, sont amenés à décider que la garantie consentie par ce dernier suffit pour faire disparaître le vice qui auparavant affectait la disposition. La Cour de cassation ne fait donc que tirer une conséquence logique de sa doctrine en la matière quand, dans un arrêt du 26 janvier 1886 (1), elle décide que la donation d'une somme d'argent à prendre après le décès du donateur sur les deniers, valeurs et créances de sa succession, et en cas d'insuffisance, sur un donateur précédent qui en a été constitué débiteur, a tous les caractères d'une donation de biens présents, dont le donateur s'est dessaisi d'une manière actuelle et irrévocable.

A notre avis, c'est à un point de vue tout autre qu'il faut considérer la question. En se demandant si la donation attaquée était suffisamment irrévocable pour être valable, ou a mal posé la question. La donation d'une somme d'argent payable après le décès du donateur par sa succession constitue-t-elle une donation entre vifs ou un pacte sur succession future quand son exécution est garantie

(1) Siré, 88, 1, 253.

par une hypothèque ou un cautionnement ? Voilà ce qu'il importe de rechercher. Or nous ne voyons pas en quoi le fait de garantir d'une manière quelconque l'exécution de la donation peut suffire à lui enlever son caractère de pacte sur succession future, car il n'en résulte pas moins des termes de l'acte que c'est toujours la succession et non le donateur qui est constituée débiteur de la chose donnée. S'il en est ainsi, comment l'hypothèque ou le cautionnement, qui ne sont que des droits accessoires, pourraient-ils suffire à valider une convention frappée de nullité dès la naissance ? L'hypothèque, le cautionnement peuvent bien protéger et fortifier une obligation valable, mais elles ne peuvent jamais faire valoir une obligation nulle. Ainsi il n'y a pas à hésiter, la donation d'une somme d'argent à prendre sur les biens que le donateur laissera à son décès doit toujours être annulée, lors même qu'elle est fortifiée par des garanties quelconques.

Cette question étant ainsi tranchée, étudions maintenant celle que nous avons posée plus haut et demandons-nous quelle valeur il faut reconnaître à la donation d'une somme d'argent payable à un terme fixé à la mort du donateur ou postérieur à cette époque.

Les jurisconsultes qui furent les premiers appelés à donner leur avis sur ce sujet n'hésitèrent pas à opter pour la nullité d'une telle donation. Dominés par l'influence de la règle « donner et retenir ne

vaut », qu'ils croyaient reproduite dans tout son éclat par le Code civil, ils ne comprenaient pas qu'on pût trouver dans cette libéralité un dessaisissement suffisant de la part du donateur. Assurément, disaient-ils, cette libéralité est nulle si, au moment où elle est faite, le donateur n'a pas dans son patrimoine une somme suffisante pour se libérer; car alors il reste maître de l'annuler en négligeant d'acquiescer cette somme. La même solution s'impose également si le donataire possède la somme, puisqu'il est toujours en son pouvoir de dissiper sa fortune afin d'anéantir le profit de la donation.

Toutefois les partisans de ce système radical avaient cru trouver, dans une ingénieuse combinaison, le moyen d'amender leur théorie. Si, disaient-ils, le donateur ne peut directement donner de l'argent, en stipulant que le paiement n'aura lieu qu'après sa mort, il lui est facile d'arriver au même résultat en faisant de la nu-propriété de la somme l'objet de sa donation, et en s'en réservant le quasi-usufruit, disposition autorisée par l'article 949.

Toute cette théorie, comme on le voit, repose uniquement sur la règle « donner et retenir ne vaut. » Cela suffirait pour nous empêcher de l'adopter. Mais il est curieux de la voir repousser par un grand nombre de partisans de cette règle. C'est qu'en effet elle repose sur une regrettable confusion du dessaisissement du donateur et de l'exé-

cution actuelle de la donation, deux choses qu'il faut se garder de confondre et que Dumoulin a très nettement distinguées dans les termes suivants : « *in dispositione sunt duo : dispositio et executio. Dispositio vero statim ligat, nec suspenditur, licet executio habeat tractum ad mortem.* »

Dans la donation en question, seule l'exécution consistant en un paiement est retardée jusqu'à la mort du donateur ; la disposition a lieu immédiatement et consiste dans la dation d'une créance ; qui dès l'instant de la donation vient augmenter le patrimoine du donataire.

Quoiqu'il en soit, la cour de cassation a longtemps sanctionné la doctrine que nous venons de combattre. C'est seulement en 1839 qu'elle vint rompre avec elle, en décidant que la donation, payable au décès, doit être considérée comme une donation de créance.

Aujourd'hui ce principe est à peu près universellement admis, mais l'accord a été loin de se faire sur toutes les conséquences de ce système. Plusieurs auteurs prétendent qu'il est nécessaire, pour la validité de la donation d'une somme d'argent payable après le décès du disposant, que celui-ci ait dans son patrimoine, au moment de la libéralité, des valeurs au moins équivalentes à la somme donnée. C'est toujours sur le faux principe de l'irrévocabilité des donations qu'on s'appuie pour étayer cette proposition et, l'on soutient qu'un donateur, sans faculté pécuniaire d'aucune sorte au moment de la

disposition, n'est pas lié d'une façon irrévocable parce qu'il dépend de lui de se soustraire aux effets de sa disposition. « Quand je donne, dit M. Bonnet, pour être payé après ma mort, 10,000 francs que je n'ai pas et que rien ne représente entre mes mains, il est trop clair que si, dès à présent, je contracte un engagement, il dépendra de ma seule volonté de le rompre ou de l'empêcher de produire effet. Il me suffira pour cela de ne rien acquérir ou de ne faire aucune économie sur les produits de mon travail. » (1)

Il nous semble que nous avons déjà suffisamment répondu à cet argument, en combattant la théorie de ceux qui soutiennent la nullité de la donation à terme en vertu de la règle « donner et retenir ne vaut. » Les deux argumentations se confondent en effet, car il ne dépend pas plus du donateur de rompre son engagement quand il n'a pas ce qu'il donne que quand, propriétaire de l'objet de la libéralité, il ne le rend exigible qu'après son décès et se réserve sur cet objet tout droit de disposition et de destruction.

Dans une autre opinion, on exige pour la validité de la donation à terme que le donateur en ait garanti l'exécution par une affectation hypothécaire sur ses immeubles présents. « On donne valablement, dit Vazeille, une somme d'argent payable après son décès si l'on affecte des biens présents au paiement de cette somme. » (2).

(1) Bonnet, *revue crit. de législation*, 1860, p. 440.

(2) Vazeille, sur l'art. 943, no 3, voir p. 360.

Cette théorie a cela de commun avec la précédente qu'elle tient en principe la donation à terme comme inconciliable avec la règle « donner et retenir ne vaut ; » mais elle s'en sépare en ce que ses partisans soutiennent qu'une simple garantie hypothécaire accordée par le donateur suffit à écarter le vice d'irrévocabilité et à rendre ainsi toute sa valeur à la libéralité.

A ce raisonnement, on peut répondre qu'il est impossible qu'une simple disposition accessoire ait pour effet de valider une disposition principale entachée de nullité.

L'existence d'une créance ne saurait dépendre des sûretés qui l'accompagnent. L'hypothèque peut bien rendre un droit plus efficace, mais elle est impuissante à le faire naître et si la libéralité est viciée dans son essence, ce n'est pas la garantie destinée à en assurer l'exécution, qui peut la sauver du néant.

Reconnaissons-le, une telle argumentation ne manque pas de valeur pour ceux qui persistent à croire à la présence dans notre Code de la règle « donner et retenir ne vaut ; » mais elle est de peu d'importance à nos yeux, puisque écartant le vieux brocard, nous nous bornons à appliquer à la donation les règles du droit commun. A notre sens, la question n'est pas de savoir si la donation à terme d'une somme d'argent est plus ou moins irrévocable, mais s'il faut voir dans cet acte une donation de biens présents ou une donation de

biens à venir, nulle d'après l'article 943, parce qu'elle constitue un pacte sur succession future. Or, si on analyse avec la Cour suprême cette libéralité en une donation de créance, il est évident qu'il n'existe plus aucune raison de l'annuler.

Cette solution est simple. Mais il s'est produit, dans la pratique, des hypothèses qui ont fait surgir de très vives contestations. Supposons qu'un donateur ait fait alternativement à deux donataires différents deux donations de sommes d'argent payables à son décès et qu'il n'ait laissé qu'un patrimoine insuffisant pour les acquitter l'une et l'autre. Dans quelles conditions s'exécutera le paiement ? Faudra-t-il considérer les deux donataires comme des créanciers ayant les mêmes droits et les payer par contribution, en vertu de l'article 2093 ? Si le second donataire a une hypothèque, faudra-t-il, au détriment du premier, lui accorder la préférence à laquelle il semble avoir droit, en vertu de cette garantie ? Ou bien faut-il admettre que le donateur, en s'engageant irrévocablement par sa première donation, s'est privé pour l'avenir du droit d'anéantir sa libéralité par des donations successives ? Annulant toute disposition postérieure, faut-il en conséquence reconnaître au premier donataire une sorte de droit de préférence ?

Appelée à se prononcer sur cette délicate question, la Cour de Limoges a décidé, en 1859, qu'au cas où deux donations de sommes payables au décès ont été successivement faites au profit de

deux personnes différentes, si au décès du donateur ses biens se trouvent insuffisants pour faire face aux deux donations, les biens composant la succession du donateur doivent être appliqués par préférence à l'acquittement de la première, alors même que la seconde serait accompagnée d'une affectation hypothécaire.

La Cour de cassation a confirmé ce jugement par un arrêt du 8 mars 1860. Cette décision de la Cour suprême est fondée sur les articles 923 et 1083. L'article 923 décide qu'au cas où des libéralités excessives portent atteinte à la réserve, la réduction doit se faire en commençant par la dernière donation et ainsi de suite en remontant des dernières aux anciennes. Cet article ne dispose en termes exprès que pour l'hypothèse où la quotité disponible a été dépassée par le donateur et la place où il se trouve, sous la rubrique « de la réduction des dons et legs », semblerait indiquer qu'il doit ne s'appliquer qu'à ce seul cas ; mais la Cour, sous prétexte que cette disposition de l'article 923 est une application rigoureuse et logique du grand principe de l'irrévocabilité des donations, établi par les articles 893 et 943 à 946, s'est crue autorisée à étendre sa portée et à en faire l'application à l'hypothèse où deux donations trop considérables ont été consenties successivement par un même donateur. On voit ainsi revenir ici l'argument, que nous n'avons pas cessé de combattre, d'après lequel le donateur aurait la liberté d'alté-

rer et de rendre inefficace une donation irrévocable.

A l'appui de ce raisonnement, on ajoute que si une identité complète de motif commande de faire à notre hypothèse l'application de l'article 923, il faut à fortiori tenir compte de l'article 1083, qui, pour les institutions contractuelles, c'est-à-dire pour des donations révocables dans une large mesure, décide que le donateur, restant libre de porter atteinte à la donation par des actes d'aliénation, ne peut le faire par des donations postérieures.

En résumé, dans ce système, si la seconde donation excède la fortune du disposant, elle doit être à son décès déclarée nulle, au même titre que le serait une libéralité portant atteinte à la réserve. Or s'il en est ainsi au cas de donation ordinaire, il n'y a aucune raison d'adopter une autre solution lorsque la seconde donation se trouve garantie par une hypothèque, car l'hypothèque n'est qu'un accessoire, capable à coup sûr, d'augmenter la valeur d'un droit existant, mais frappée elle-même de nullité quand la créance qu'elle garantit vient à être déclarée sans valeur.

Comme on le voit, les arrêts de la Cour de Limoges et de la Cour de cassation ne peuvent s'expliquer que par la règle « donner et retenir ne vaut. » Toute l'argumentation peut se résumer en cette pensée que, si l'on n'annulait pas les donations postérieures portant atteinte à la première libéralité, il serait par trop facile au donateur de

rendre nulle sa première libéralité en consentant d'autres dispositions à titre gratuit.

Ce raisonnement tombe de lui-même si l'on admet avec nous l'inexistence de la règle « donner et retenir ne vaut » et si l'on fait à la donation l'application des principes ordinaires qui régissent les obligations. On n'a plus alors à élever aucune objection contre les libéralités postérieures du donateur, lors même qu'elles portent indirectement atteinte à la première.

Mais ce qu'il y a de curieux, dans la question que nous étudions, c'est que les décisions de la jurisprudence ont été ardemment combattues par des auteurs qui, attribuant à la maxime toute son ancienne valeur, ont été forcés de se servir d'arguments tout différents des nôtres.

Quand, disent-ils, un homme dispose d'une somme d'argent payable à terme, ce n'est pas cette somme elle-même qui fait l'objet de la donation, mais une créance, un droit *ad pecuniam*, qui à l'instant de la donation est entré dans le patrimoine du donataire. Le donateur se trouve alors débiteur et le donataire créancier à terme. Par conséquent, si le même donateur fait une seconde donation dans des conditions semblables à la première, cette disposition ne porte aucune atteinte à l'irrévocabilité de la précédente, puisqu'elle ne change en rien les positions respectives du donateur et du premier donataire, qui conserve intact son droit de créance. S'il en est ainsi, il n'y a plus

aucune raison d'annuler la seconde donation. Pourquoi accorder au premier donataire la faveur exceptionnelle d'être payé avant le second donataire sous prétexte que son titre de créance est antérieur? Ne voit-on pas qu'en lui donnant cette préférence, on crée en sa faveur un véritable privilège? La Cour a-t-elle bien envisagé toutes les conséquences de sa doctrine et serait-elle disposée à les admettre? Il suffit pour en douter de les passer en revue.

On sait quel soin apportait le législateur de 1804 à rendre facile aux tiers, pour les mettre en garde contre toute surprise, la connaissance des hypothèques et des privilèges. Sauf les privilèges généraux de l'article 2101 qu'il n'était pas possible de soumettre au grand principe de la publicité, tous les autres sont soumis à l'inscription. Or le droit de préférence, résultant de la donation, échapperait à cette règle puisque le rang de la créance serait fixé par la date seule de la donation.

Prenons une hypothèse afin de mieux nous rendre compte des conséquences déplorables d'une telle doctrine.

Un donateur fait à Primus une première donation de 50000 fr. sans lui donner aucune garantie, le 1^{er} janvier 1890. Le 1^{er} janvier 1891 seconde donation de 50000 fr. à Secundus avec hypothèque. En 1892 il emprunte à Tertius 50000 fr. purement et simplement. Enfin, en 1893, il souscrit de Quartus un second emprunt et accorde une garantie hypothécaire. Il meurt ne laissant que 100000 fr. d'immeubles. Si on applique

les règles ordinaires, Secundus, puis Quartus, grâce à leurs hypothèques, seront payés les premiers. Quant à Primus et à Tertius, simples créanciers chirographaires, ils perdront leurs créances.

Mais que décider dans le système de la jurisprudence ? Il est certain que Primus, grâce à la priorité de son titre, primera Secundus. Mais Secundus de son côté, ayant une hypothèque préférable à celle de Quartus, doit passer avant celui-ci et pourtant Primus n'a aucune raison d'être payé avant Quartus. Soutiendra-t-on malgré tout que Primus doit être préféré à Quartus, mais ce serait rendre impossible la sécurité des créanciers, car aucun moyen de publicité ne leur permet d'avoir connaissance des donations faites par le débiteur ? Dira-t-on au contraire que le droit de préférence du premier donataire n'existe pas vis-à-vis des tiers, mais alors comment sortir de la situation inextricable où l'on se trouve, car si Quartus peut se faire payer par préférence à Primus, Secundus de son côté pourra objecter que son hypothèque devant être colloquée avant celle de Quartus, il doit par cela même passer avant Primus. « *Si vinco vincentem te a fortiori vincam te* ». Et Primus par suite de son droit de préférence à l'égard de Secundus ne manquera pas de faire à Quartus la même objection. On se trouverait ainsi dans un cercle vicieux, dont nous ne voyons vraiment pas le moyen de sortir.

Quelqu'étrange que soit cette situation, il faudrait

pourtant l'accepter, si un texte formel venait donner au premier donataire un droit de préférence. On déciderait alors que Primus serait payé de préférence à Secundus et par suite à Quartus. Ce serait, il est vrai, la destruction de tout crédit, néanmoins force serait de s'incliner, *dura lex sed lex*. Mais ce texte précis, indispensable pour créer un droit de préférence, où le trouver ?

Serait-ce, comme le prétend la Cour de cassation, dans les articles 923 et 1093 ? Il nous semble impossible de l'admettre. L'article 923 s'occupe, en effet, d'une hypothèse très différente de la nôtre. Il se borne à décider que la réduction des donations, excédant la quotité disponible, « s'opère en remontant des dernières aux plus anciennes. » En outre, la place qu'il occupe dans le code, sous la rubrique « de la réduction des donations et des legs », dans un chapitre antérieur à celui qui traite de l'irrévocabilité des donations, montre suffisamment qu'il ne doit pas servir à régler le paiement des donations successives quand elles excèdent la valeur du patrimoine. Pour soutenir que cet article doit s'appliquer à notre cas, M. Nicias-Gaillard en est réduit à invoquer l'identité de motifs : « cette disposition, dit-il, n'est en ce qui se rapporte aux libéralités entre-vifs qu'une conséquence de l'irrévocabilité des donations, principe qu'apparemment on ne prétend pas renfermer dans une unique application. » (1) Ainsi de l'aveu de M. Nicias-Gaillard

(1) *Revue critique*, 1860, t. XVI, p. 196.

lui-même, c'est uniquement par suite d'une identité de motifs qu'on invoque un texte étranger à la matière pour créer un véritable privilège. Mais, alors même que cette identité de motifs serait fondée, il nous semble que l'on oublie le grand principe dominant toute la matière des privilèges « *privilegia sunt strictissimæ interpretationis* ». Du reste il est loin d'être établi que l'article 923 est une conséquence du principe de l'irrévocabilité des donations. Comme le fait très bien remarquer M. Bonnet, dans la *Revue Critique* (1860, p. 413), si au cas de réduction, l'ordre de préférence se détermine entre plusieurs libéralités émanées d'une même personne par celui de leur date respective, ce n'est pas parce que la donation entre-vifs est irrévocable de sa nature, car les donations entre époux, à qui manque ce caractère, ne sauraient être atteintes par voie de retranchement qu'après les donations irrévocables postérieures. Si l'article 923 reçoit son application, lors même que les donations à réduire sont essentiellement révocables, il est manifeste que l'article 923 n'est pas une conséquence du principe de l'irrévocabilité. La règle de l'article 923 découle uniquement du principe d'indisponibilité, principe qui n'a aucun point de contact avec celui de l'irrévocabilité. Les donations, faites par un donateur qui n'a pas encore disposé de toute sa quotité disponible, sont irréprochables. C'est seulement quand la réserve est entamée que, les biens donnés étant

frappés d'indisponibilité aux mains du donateur, la donation devient illégale. Il était donc logique de disposer, comme l'a fait l'article 923, que seules les donations illégales seraient réduites afin de respecter les donations antérieures.

Peut-être serait-on tenté de faire le même raisonnement au cas où le donateur a fait des donations trop considérables pour que son patrimoine suffise à les exécuter. Tant que le donateur, dirait-on, a renfermé ses libéralités dans la limite où il lui était possible, ses donations sont inattaquables ; mais s'il a dépassé cette limite le principe de l'irrévocabilité commande de les annuler. Soutenir une telle théorie serait retomber dans l'erreur de ceux qui exigent, pour la validité de la donation à terme, que le donateur ait des biens suffisants pour l'acquitter immédiatement. Nous croyons avoir suffisamment réfuté ce système. Inutile d'y revenir.

A défaut de l'article 923, les partisans de l'arrêt du 8 mars 1860 ont invoqué l'article 1083, d'après lequel les donateurs par contrat de mariage des biens qu'ils laisseront à leur décès ne peuvent plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques à titre de récompense. Le raisonnement de la Cour de cassation est le suivant : au cas d'une institution contractuelle, le donateur ne peut plus disposer à titre gratuit des objets de la donation ; or les institutions contractuelles sont des donations moins irrévocables que les donations entre vifs ordinaires ;

donc, à plus forte raison, le donateur ordinaire doit-il être empêché de disposer à nouveau des sommes déjà données.

L'argument paraît spécieux. On peut y répondre. Et d'abord, dans le cas qui nous occupe, nous avons un donateur qui successivement dispose de deux créances différentes. Il ne peut donc être question de donateur disposant deux fois du même objet. Sans doute, dans l'institution contractuelle, l'instituant ne peut pas, par des libéralités postérieures, diminuer le droit acquis à l'institué ; mais la raison de cette décision n'est pas dans le principe de l'irrévocabilité, car l'institution contractuelle est une donation pour cause de mort bien plus qu'une donation entre-vifs. Le donateur par contrat de mariage dispose de son patrimoine et le Code reconnaît à cette disposition un tel caractère qu'elle assimile le donataire à un héritier réservataire. L'objet de l'institution contractuelle reste, entre les mains de l'instituant, au même titre qu'une réserve. Il peut encore l'entamer par des actes à titre onéreux. Il ne le peut plus par des actes à titre gratuit. C'est donc à tort qu'on cherche dans l'article 1083 une raison d'accorder au donataire un droit de préférence.

Ce droit de préférence, aucun texte, ne le donne positivement au premier donataire. Il faut donc admettre que les donataires à terme de sommes d'argent viendront se partager au marc le franc le patrimoine du défunt, absolument

comme des créanciers chirographaires. Si l'un d'eux a obtenu une hypothèque, il exercera en toute liberté son droit de préférence, à moins toutefois que le donataire lésé par cette seconde libéralité ne puisse en demander la nullité, conformément à l'article 1167, en invoquant les exceptions de dol ou de fraude.

CHAPITRE III

Des donations faites sous une condition dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur.

L'article 944 annule toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur.

Dans les années qui suivirent immédiatement la promulgation du Code civil, l'interprétation de cet article paraît n'avoir fait l'objet d'aucune difficulté. En rapprochant ce texte de l'article XVI de l'ordonnance de 1731, on avait constaté la parfaite ressemblance des termes employés par les deux lois, et l'on en avait conclu avec quelque apparence de logique que si les législateurs de 1804 avaient reproduit avec un tel scrupule les expressions mêmes de l'ordonnance, c'est que, loin d'innover en matière d'irrévocabilité des donations entre vifs, ils s'étaient sciemment contentés de reproduire, telles quelles, les règles de l'ancien droit. C'est pourquoi, toujours influencés par l'empire que la vieille maxime « donner et retenir ne vaut » était

censée avoir conservée dans l'ancienne jurisprudence, les premiers interprètes du code se contentèrent de donner à l'article 944 son sens traditionnel. Ils s'accordèrent à décider que la donation entre-vifs était annulée par toute condition, qui laissait au donateur la liberté de la révoquer et par conséquent par toute condition où la volonté du donateur jouait un rôle quelconque.

Telle fut la solution admise en 1826 par Grenier, dans son *Traité des donations* (1). Il la croit tellement établie qu'il ne s'attarde même pas à la discuter. D'ailleurs, comme il ne mentionne aucun jugement intervenu sur ce point, il est à croire qu'au moment où il écrivait aucune controverse n'avait encore été présentée sur cette question devant nos tribunaux modernes.

A une époque moins éloignée, Laurent n'hésite pas à reproduire la théorie de Grenier. Il n'en pouvait être autrement, car elle est la conséquence forcée de la règle « donner et retenir ne vaut », dont l'éminent jurisconsulte belge s'est montré le plus acharné partisan. Si l'on admet, en effet, que par suite du brocard il suffit qu'il dépende du donateur de rendre la donation inutile pour qu'elle soit nulle, il faut bien décider la nullité de la donation faite sous une condition mixte, car cette condition, telle que la définit l'article 1171, dépend de la seule volonté du donateur, en ce sens que si cette volonté n'est pas suffisante pour la faire arriver, elle suffit

(1) T. I, Part. I, ch. I, sect. I, n° 8.

du moins pour la faire défaillir; d'où il résulte que le donateur, engagé sous une condition mixte, reste maître du sort de la donation.

La Cour d'Orléans s'est prononcée en faveur de cette doctrine par un arrêt du 17 janvier 1846 (1). Elle a déclaré nulle, comme soumise à une condition, dont l'exécution dépend uniquement de la volonté du donateur, une donation faite par l'un des futurs conjoints aux enfants de l'autre, à la seule condition du mariage projeté. La condition si le donateur se marie avec telle personne est certainement une condition mixte, puisqu'elle dépend tout à la fois de la volonté du donateur et de la volonté d'un tiers. La Cour d'Orléans, dans son arrêt, considère cette condition comme rentrant dans la classe des conditions prévues par l'article 944. « Attendu, relativement à l'interprétation de l'article 944, qu'en matière de donation entre-vifs, la condition potestative entraînant la nullité de l'acte est non seulement celle qui frappe directement sur la disposition et en laisse le maintien et l'anéantissement au seul et pur arbitre du donateur, mais encore celle qui porte sur un fait intermédiaire qu'il est au pouvoir du donateur de faire arriver ou d'empêcher. »

A notre sens, il y a là une manière bien arbitraire d'interpréter l'article 944 comme s'il était formulé de la manière suivante : « toute donation entre vifs dont l'exécution dépend de la volonté

(1) D. 1846. 2. 203.

du donateur sera nulle. » Mais au contraire l'article, tel qu'il est conçu, ne décrète la nullité de la donation que quand l'exécution de la condition dépend de la seule volonté du donateur ; or l'exécution d'une condition mixte dépend du bon vouloir d'au moins deux personnes ; elle n'est donc pas subordonnée à la seule volonté du donateur.

La Cour d'Orléans tire en faveur de sa théorie un second argument de la différence qui sépare les contrats de bienfaisance des contrats à titre onéreux, quant à leur nature et quant aux règles prescrites pour leur validité. « Dans les contrats de bienfaisance, dit-elle, contrairement à ce que les articles 1170 et 1174 décident pour leur obligations, la loi vicie non-seulement le lien de droit, mais encore son irrévocabilité ; tout ce qui porte directement ou indirectement, immédiatement ou médiatement atteinte à cette irrévocabilité, rend la donation nulle, quand cette atteinte est laissée à la seule volonté du donateur ; c'est ainsi que, sous l'ancienne jurisprudence, on déclarait nulle la donation entre vifs, si le donateur se réservait la faculté d'aliéner une partie indéfinie des biens donnés ou de soumettre le donataire à payer indéfiniment les dettes que le donateur contracterait... Comme ces principes sont écrits dans l'article 945 du Code civil, il s'ensuit que, dans l'esprit de l'article 944, les conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur vicient la donation bien qu'elles ne la frappent qu'au moyen d'un fait intermédiaire. »

Il nous semble qu'en se servant de cet argument, les juges de l'espèce ont tiré une preuve de ce qu'il fallait justement démontrer. Pour donner à l'article 944 le sens d'après lequel il défend les conditions mixtes dans la donation entre-vifs, on invoque l'ancienne jurisprudence et la règle « donner et retenir ne vaut », et quand d'un autre côté, on veut établir l'empire de cette règle dans notre droit, on invoque l'article 944. Il y a là, croyons-nous, un cercle vicieux dont il faut se garder.

De plus il faut remarquer que l'article 945 ne prévoit que des conditions potestatives dans le sens de l'article 1170 et non des conditions mixtes. Cette observation a son importance, car si le donateur peut à son gré vendre les biens donnés ou contracter des dettes qui détruiront la donation, il lui faut pour se marier le consentement de son conjoint.

Toutes ces raisons ont fini par prévaloir et aujourd'hui la doctrine, soutenue par Laurent, est presque entièrement abandonnée (1). Le texte de l'article 944 lui est par trop contraire, car il est de toute évidence qu'en proscrivant la donation, dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, cet article fait voir qu'il entend autoriser, a contrario, la condition mixte, c'est-à-dire celle qui, dépendant aussi de la volonté d'un tiers, ne dépend évidemment pas de la seule volonté du donateur.

(1) Baudry et Colin la soutiennent encore. *Traité des don. entre-vifs*, n° 1461.

Un arrêt du 30 août 1880 (Siré. 1881, I, 57) est venu fixer la jurisprudence en ce sens. L'espèce était la même que celle qui s'était présentée devant la Cour d'Orléans, et la Cour de cassation a décidé avec raison que la donation est valable « attendu que la loi distingue trois espèces de conditions, qu'elle appelle casuelles, potestatives et mixtes, suivant qu'elles dépendent du hasard, ou de la volonté de l'une des parties contractantes, ou tout à la fois de cette volonté et de celle d'un tiers ; attendu que les expressions employées dans l'article 944 visent sans aucun doute la condition potestative et excluent non moins certainement la condition mixte ; que si telle n'eût été l'intention du législateur, il n'eût pas parlé de conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, alors que cette définition est inconciliable avec la condition mixte ; qu'il aurait usé des mêmes termes que dans l'article 1169 et exprimé ou indiqué que l'exécution de la condition ne devait demeurer à aucun degré au pouvoir du donateur ; — que ne l'ayant pas fait, on en doit conclure qu'une condition, même dépendante à certains égards de la volonté du donateur, cesse de vicier la donation si le donateur ne peut l'accomplir ou la faire manquer qu'avec le concours de la volonté soit du donataire soit d'un tiers déterminé.

Cet arrêt tranche deux questions. Il déclare d'abord que la condition mixte de l'article 1171 ne suffit pas pour vicier la donation. Il admet

en second lieu la nullité de la donation entre vifs faite sous la condition potestative de l'article 1170. Nous nous réservons de discuter ce second point. Mais il nous faut auparavant approfondir une question que la Cour a entièrement passée sous silence.

En effet, outre la condition mixte que l'article 1171 définit celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers, et la condition potestative qui, d'après l'article 1170, fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher, entre ces deux classes de conditions, disons-nous, il en existe une troisième, que le code n'a pas prévu, mais qui, dans la pratique, se rencontre fréquemment, lorsque la volonté de l'obligé doit concourir avec le hasard pour en assurer l'exécution. Faut-il, en vertu de l'article 944, se prononcer pour la validité ou pour la nullité d'une donation faite sous une semblable condition ?

En général, on assimile cette condition à la condition mixte et suivant que l'on admet ou non la validité de la donation faite sous condition mixte, on admet ou l'on annule la donation faite sous condition dépendant de la volonté du donateur et du hasard. Laurent et les autres partisans de la règle « donner et retenir ne vaut », avec toutes ses conséquences, soutiendront la nullité

d'une telle donation, car pour eux, il ne doit pas y avoir de différence entre ces deux sortes de conditions mixtes. Dans les deux cas, en effet, si la volonté du donateur ne joue pas un rôle prépondérant et n'est pas suffisante pour faire accomplir la condition, elle suffit au moins pour la faire défaillir, partant pour révoquer la donation.

Pourtant, à la suite de Demelombe, certains auteurs, tels que M. Huc et MM. Baudry et Colin (1) distinguent encore la condition mixte et celle dépendant de la volonté du donateur et du hasard. Le Code, disent-ils, impose cette distinction. Dans les articles 1169, 1170 et 1171, il classe les conditions en trois catégories sous le nom de conditions casuelles, de conditions potestatives et de conditions mixtes ; or la condition dépendant d'un événement casuel et de la volonté de l'une des parties n'est pas mixte dans le sens de l'article 1171, ni casuelle, dans le sens de l'article 1169 ; donc elle est potestative dans le sens de l'article 1170. Par suite elle est prohibée dans la donation entre-vifs en vertu de l'article 944.

Ce raisonnement n'est pas juste car, pour qu'il ait quelque valeur, il faudrait admettre que le Code a prévu dans les trois articles cités toute espèce de conditions. Or il est manifeste que celle dont nous nous occupons n'a pas été prévue et il serait aussi vrai de dire que cette condition n'étant ni casuelle ni potestative, puisqu'il n'est pas au pou-

(1) Baudry et Colin : *Traité des don. entre-vifs*, n° 1456 et suiv.

voir du donateur de la faire arriver ou défaillir, il s'ensuit forcément qu'elle est mixte.

Quoi qu'en pense M. Demelombe, cette solution serait bien plus logique que celle qu'il adopte, car au point de vue de la liberté du donateur, il y a peu d'importance à ce que l'obstacle qui l'empêche de réaliser ou de faire défaillir la condition vienne du hasard ou d'une personne vivante. Nous avouons du reste n'avoir rien compris à la dissertation de Demelombe sur la différence qu'il trouve entre l'intervention d'un tiers ou celle du hasard.

Pour nous, le hasard, en se mêlant à la condition potestative, la dénature et en fait une condition mixte au même degré que l'intervention de la volonté d'un tiers. Aussi croyons-nous qu'il faut assimiler complètement les deux classes de conditions et comme nous avons déjà soutenu la validité de la donation faite sous une condition mixte, nous soutenons également que la donation peut être faite sous une condition qui dépend de la volonté du donateur et du hasard.

L'arrêt de la Cour de cassation du 30 août 1880 déclare que si les expressions, employées dans l'article 944, n'ont pas trait aux conditions mixtes, elles visent sans aucun doute les conditions potestatives.

S'il en était ainsi, il faudrait convenir qu'à ce point de vue de profondes différences séparent la donation entre vifs des autres contrats, car, malgré l'ambiguïté des termes employés par le

Code, on s'accorde universellement à reconnaître que la seule condition prohibée dans les obligations par l'article 1174 est le *merum arbitrium*. D'après la Cour de cassation, le contrat de donation doit être annulé quand il est subordonné à l'accomplissement d'un fait, dont l'arrivée reste entièrement soumise au pouvoir du donateur. Ainsi, dans ce système, tandis que l'on peut valablement vendre sa maison sous la condition suspensive ou résolutoire que l'on prendra un état, il est interdit de la donner dans les mêmes conditions.

Inutile d'insister sur ce qu'une telle disposition aurait d'anormal. C'est un principe incontestable que toute exception est de droit étroit. Nous sommes par conséquent autorisé à opposer à la théorie de la Cour de cassation une fin de non recevoir péremptoire, si des arguments positifs et irréductibles ne nous obligent à l'adopter. En répondant à chacune des raisons invoquées par les partisans de cette doctrine, nous aurons donc démontré qu'il faut, en matière de donation entre vifs, admettre comme pour toute obligation les règles ordinaires qui régissent les conventions, et que par suite, la seule condition annulant la donation est le *merum arbitrium* de l'article 1174.

Le premier argument, invoqué par ceux qui prétendent que l'article 944 vise les conditions potestatives ordinaires, est tiré de l'article 944 lui-même. Cet article, en effet, prohibe les conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du dona-

teur ; or le mot « exécution » montre bien qu'il ne se rapporte pas aux conditions dépendant de la pure et simple volonté du donateur, car il implique nécessairement un acte ou un événement que le donateur peut sans doute faire arriver ou défaillir à son gré, mais qui ne se rencontre pas dans le *merum arbitrium*.

La réponse à cet argument est facile. Il suffit de rappeler qu'on emploie fréquemment en langage courant l'expression « exécuter une condition », lors même que cette condition consiste en une simple manifestation du consentement. C'est en ce sens qu'on dit : il faut vous exécuter.

De plus le texte de l'article 944, loin de confirmer la théorie de ceux qui veulent écarter des donations les conditions potestatives, fournit contre elle un argument décisif. N'y a-t-il pas, en effet, dans les mots « seule volonté du donateur » une preuve *a contrario* que notre législateur a voulu tolérer, dans la donation entre-vifs, comme dans les autres obligations, toute espèce de condition sauf la condition purement potestative, c'est-à-dire dépendant de la seule volonté du donateur ?

Mais objectera-t-on, s'il en est ainsi, à quoi sert l'article 944. Faisant double emploi avec l'article 1174, il était au moins inutile. Cela est vrai, mais y a-t-il vraiment lieu de s'en étonner et ne pourrait-on citer de nombreux exemples de redites, semées çà et là dans notre code ? D'ailleurs, en présence du sentiment naturel, qui, nous l'avons

vu, porte tout donateur à se réserver un droit de reprise sur ce qu'il donne, ne peut-on penser avec raison que cette décision s'imposait d'une façon toute spéciale en matière de donation ?

Les partisans du système de la Cour de cassation croient trouver dans l'article 947 civ. une autre preuve décisive de leur théorie. Si, disent-ils, l'article 944 vise uniquement la condition purement potestative et fait entrer la donation entre-vifs dans le droit commun, comment expliquer d'une façon raisonnable l'article 947, qui vient excepter de la disposition de l'article 944 les institutions contractuelles ? Dans le système de ceux qui excluent des donations ordinaires les conditions simplement potestatives de l'article 1170, aucune difficulté sur ce point. C'est par faveur pour les institutions contractuelles que l'article 947 les soustrait au droit rigoureux des donations entre-vifs et les fait rentrer dans les règles du droit commun en ce qui concerne la liberté des conventions. Si l'on adopte la théorie opposée, on est amené à décider que la donation, faite par contrat de mariage, est valable alors même qu'elle est subordonnée à une condition purement potestative. On se voit ainsi forcé de valider une donation comme celle que je vous fais de ma maison si telle est ma volonté. C'est là, dit-on, une absurdité, qui doit à elle seule suffire à faire rejeter toute doctrine qui l'admet.

Certes l'objection a sa force ; il ne faut pas se le dissimuler. Pourtant il n'est pas impossible d'y

répondre. Commençons d'abord par une concession. Il ne peut être question de valider une libéralité subordonnée au *merum arbitrium* lorsqu'il affecte la forme d'une condition suspensive. On ne pourra jamais reconnaître la moindre valeur à la donation ainsi conçue : je vous donne si je veux. Il n'y aurait en effet, dans un tel acte, aucun dépouillement, aucune transmission de droit même éventuel, et cet effet est, on le sait, absolument indispensable dans toute donation. Mais il n'en est pas de même de la condition purement potestative résolutoire : je vous donne ma maison en me réservant de révoquer la donation quand je voudrai. A notre sens, il n'y a dans un tel acte rien d'absurde au point de vue juridique. La donation à cause de mort, si longtemps admise à Rome et dans certaines de nos provinces, n'était-elle pas en effet une donation révocable au gré du donateur et, de nos jours, dans notre code civil lui-même, les donations entre époux ne sont-elles pas essentiellement révocables, de par une disposition de la loi contre laquelle viendrait se briser toute volonté contraire des disposants ? Dès lors quoi d'étonnant à ce que l'article 947 ait autorisé en faveur des institutions contractuelles ce qu'il impose dans les donations entre époux ?

Il est vrai que Molitor (1) a soutenu que le *merum arbitrium*, qui anéantit toute obligation quand il prend la forme d'une condition suspensive, peut

(1) Molitor. Des oblig., t. 1, p. 169.

très bien constituer une condition résolutoire sans nuire à la validité des obligations ordinaires. Exemple : la vente contractée *si emptori displicuerit*. Ce ne serait donc pas sortir du droit commun que d'admettre la validité de l'institution contractuelle faite sous condition résolutoire purement potestative.

Nous croyons cette opinion inadmissible. L'article 1174 dit formellement : toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. En appliquant cet article à la donation on dira : toute donation est nulle, quand elle est contractée sous une condition potestative de la part du donateur. C'est donc uniquement par exception et en vertu d'un texte spécial, tel que l'article 947, qu'on peut, comme nous le faisons, valider la donation subordonnée à un *merum arbitrium* affectant la forme d'une condition résolutoire. Si l'on déclare valable la vente contractée *si emptori displicuerit*, c'est que, dans ce cas, il n'y a pas vente, mais simple promesse de vente et que ce n'est pas l'acheteur, qui est l'obligé, mais le vendeur. Cela est si vrai que personne n'a jamais songé à faire valoir la vente contractée *si venditori displicuerit*. On trouve dans l'article 947, interprétée comme nous le faisons, une exception assez formelle aux principes généraux des obligations en matière d'irrévocabilité pour qu'il soit permis de croire que l'article 944 n'a d'autre but que de rappeler ces principes en tant qu'ils concernent la donation entre vifs.

Enfin il est un troisième argument que ne se lassent pas d'invoquer les partisans du sens rigoureux de l'article 944. Il est tiré de la tradition et surtout de l'ordonnance de 1731. L'article 944, dit-on, est avec les dispositions qui le précèdent et le suivent, la reproduction exacte de l'article XVI de l'ordonnance de 1731, dans lequel il était déclaré en toutes lettres que seraient considérées comme nulles « les donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur. » Or, ajoute-t-on, il est certain que la jurisprudence de l'époque ne voyait dans ces dispositions que des applications logiques de la règle « donner et retenir ne vaut », et par conséquent regardait comme prohibée toute donation contractée sous des conditions suspensives ou résolutoires, dans lesquelles la volonté du donateur entraînait pour une certaine part, alors même que l'accomplissement de ces conditions restait jusqu'à un certain point subordonné au hasard. Et l'on prétend tirer de cette jurisprudence la preuve que les rédacteurs du Code ont donné à l'article 944 le même sens qu'à l'article XVI de l'ordonnance, puisqu'ils l'ont conçu dans les mêmes termes. Notre jurisprudence actuelle doit donc pour obéir à l'esprit du Code se conformer à l'interprétation rigoureuse de l'ancien droit.

On pourrait être embarrassé devant une telle argumentation si tout devait en être adopté comme parole d'évangile. Mais plusieurs propositions don-

nées comme certaines peuvent faire l'objet de très vives controverses. Il est exact que l'article 944 reproduit, à peu de choses près, les termes de l'article XVI de l'ordonnance de 1731, mais la question est justement de savoir si l'ordonnance de 1731 prohibait dans la donation toute condition où intervient la volonté du donateur. Certains parlements l'ont soutenu, mais comme nous l'avons vu, il ne semble pas que telle fut l'opinion dominante.

Pothier (1), en effet, dans son *Traité des obligations*, paru en 1761, c'est-à-dire trente ans après l'ordonnance, nous dit que la promesse, faite sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige, n'est pas absolument potestative, c'est-à-dire quand elle ne dépend pas de sa seule volonté, de son libre arbitre. C'est ainsi qu'il déclare valable la promesse que je vous fais de 10 pistoles si je vais à Paris. « Il y a là, dit-il, véritable engagement, car je ne puis me dispenser d'exécuter la donation qu'en m'abstenant d'aller à Paris ». Et pourtant il est incontestable que l'exécution de la condition dépend de la seule volonté du donateur, car si l'action n'est pas toujours possible l'abstention au moins l'est toujours. Il ne faudrait pas, dans notre cas, chercher à combattre l'opinion de l'éminent jurisconsulte du XVIII^e siècle, en s'appuyant sur la différence qui peut exister entre la promesse de donner et la donation proprement

(1) Potier : *Traité des oblig.*, N° 48.

dite. A vrai dire une promesse de donner s'analyse en une donation, et si le code a pu dire avec justice « promesse de vente vaut vente » il est encore bien plus exacte de dire « promesse de donner vaut donation ». Seul, dans les deux cas, l'objet diffère. Si je vous donne ma maison l'objet de la donation c'est la maison. Si je vous la promets, l'objet de la donation, c'est l'action que vous aurez contre moi et qui, en exécution de ma promesse, vous permettra de réclamer la même maison. Il y a alors donation d'un droit de créance.

Telle est la théorie de Pothier. Ce savant juriste a trop souvent inspiré les rédacteurs de notre code, pour qu'on puisse ne pas tenir compte de son sentiment sur la question. On ne peut donc, à notre sens, soutenir avec la Cour de cassation que l'article 944 du code civil prohibe dans les donations, par dérogation au droit commun, les conditions purement potestatives. Si telle était la portée de ce texte quelle explication donner à l'article 946 qui prévoit justement une de ces conditions et qui annule la donation d'un objet, quand le donateur s'est réservé la faculté d'en disposer dans la suite? Avec la théorie de la Cour de cassation, cet article deviendrait inutile.

Du reste pourquoi annuler, dans tous les cas, la donation faite sous une condition potestative? Ne peut-elle, alors même qu'elle serait révoquée, constituer en faveur du donataire un avantage considérable, puisque, pour arriver à ce résultat,

le donateur s'est peut-être obligé à faire ou à ne pas faire un acte que son donataire a le plus grand intérêt à voir ou non s'accomplir ? Je vous donne par exemple 100.000 fr. si je me marie. Nous admettons bien entendu, dans cette hypothèse, que la condition est potestative et que le mariage est accessible à tout individu, quand ses conditions n'en ont pas été précisées. On conçoit sans peine, si vous êtes mon héritier, que vous puissiez avoir un intérêt plus considérable à me voir rester célibataire qu'à obtenir les 100,000 francs promis, en courant le risque de perdre la succession à laquelle vous comptez. A notre avis, je vous fais également donation au même titre si je vous donne 100,000 fr. ou si, en ne me mariant pas, je vous laisse vos chances à mon héritage.

Bref, pour conclure, nous avouons ne trouver dans notre loi aucune raison de rompre avec les principes du droit commun quant aux règles qui régissent les conditions dans la donation. Au point de vue juridique, la théorie que nous proposons semble logique. Seule la règle « donner et retenir ne vaut » pourrait lui faire échec ; mais nous pensons avoir suffisamment démontré que cette règle n'existe plus, dans nos lois, qu'à l'état de souvenir dont il faut se prémunir. C'est ce que fait du reste l'article 944.

CHAPITRE IV

Des donations faites sous condition de payer des dettes à venir indéterminées,

L'article 945 dit : « Elle (la donation entre-vifs) sera pareillement nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé. »

Pour la grande majorité des auteurs, cet article 945 est une conséquence rigoureuse de la règle « donner et retenir ne vaut. » D'après eux, c'est parce qu'il serait facile au donateur de créer à sa fantaisie des dettes assez considérables pour absorber la donation qu'il lui est défendu d'imposer à son donataire l'obligation de payer ses dettes à venir.

Telle est, il faut bien le reconnaître, l'origine d'une décision analogue de nos anciens juriconsultes, à l'époque où la règle « donner et retenir ne vaut » était encore dans toute sa vigueur. Pour nous, les rédacteurs du Code en reproduisant, dans l'article 945, la règle que les anciens juristes

faisaient découler du principe que « donner et retenir ne vaut », n'ont nullement eu l'intention d'y sous-entendre cette maxime, pas plus que dans les articles 943 et 944. Au même titre que la vente et que l'échange, la donation avec charge rentre dans la grande catégorie des conventions synallagmatiques où chaque partie contracte une obligation. Or, il est de règle dans les contrats que toute obligation doit avoir pour objet une chose déterminée ou tout au moins déterminable (art. 1129). Dès lors il est logique de croire que si l'article 945 annule la donation, faite sous la condition de payer d'autres dettes ou charges que les dettes présentes ou les dettes à venir formellement prévues au moment de la donation, c'est par application de l'article 1129 afin de ne pas valider, sous le masque de la donation, une convention dans laquelle l'obligation de l'une des parties serait absolument indéterminable.

Loin de servir d'argument aux partisans de la règle « donner et retenir ne vaut », l'article 945 peut, au contraire, servir de preuve, en faveur de la thèse que nous soutenons, d'après laquelle les rédacteurs du Code ont complètement rompu avec la tradition, en enlevant toute son autorité à la célèbre maxime.

La plus forte et pour ainsi dire la seule objection que l'on peut nous faire, quand nous prétendons ne voir, dans l'article 944, qu'une simple reproduction de la règle générale de l'article 1174, c'est qu'en vertu de l'article 947, nous sommes

obligés d'admettre, dans notre système, la validité des institutions contractuelles faites sous condition purement potestative. Or l'article 945, en prohibant la donation à charge de payer les dettes du donateur, défend expressément une donation subordonnée à l'accomplissement d'une condition qui dépend directement de la volonté du donateur. Il est, en effet, difficile de soutenir que le disposant, en imposant à son donataire l'obligation d'acquitter toutes les dettes qu'il contractera par la suite, ne s'est pas réservé l'entière liberté de détruire en totalité la donation qu'il vient de faire. L'article 947, en dérogeant à l'article 945 et en autorisant l'institution contractuelle, à charge de payer les dettes à venir, autorise donc une donation faite sous une condition purement potestative. Mais si l'article 947 autorise ainsi le *merum arbitrium* de l'article 945, pourquoi se refuser à admettre comme absurde l'extension de cette autorisation à toutes les conditions prohibées par l'article 944 ?

L'article 945 classe les dettes en deux grandes catégories, l'une comprenant les dettes présentes, c'est-à-dire existant à l'époque de la donation, l'autre les dettes à venir que le donateur se réserve de contracter. Pour les dettes présentes, pleine liberté est laissée au donateur d'en imposer la charge au donataire. Il n'y a dans cette latitude rien de contraire à l'article 1129, car il est évident que les dettes peuvent être facilement déterminées, alors même qu'elles seraient ignorées du donataire

au moment de l'acte. Toutefois, malgré un arrêt de la Cour de cassation du 18 février 1829 (1), nous croyons que le donataire pourrait se refuser avec raison au paiement des dettes qui, au moment de la donation, n'avaient pas date certaine, car, au cas de contestation, la preuve de l'existence des dettes au moment de la donation incomberait au donateur qui se trouverait dans l'impossibilité de la faire pour les dettes ne remplissant pas l'une des conditions de l'article 1328.

La rédaction de l'article 945 pourrait faire croire, au premier abord, que dans l'hypothèse d'une donation de biens présents le donataire n'était tenu de payer que les dettes énumérées, soit dans l'acte même de la donation, soit tout au moins dans un état annexé à cet acte. Cette doctrine a été soutenue, mais un arrêt de la Cour de cassation en date du 13 novembre 1854 l'a justement condamnée. Sans doute, l'article 945 parle bien d'un état annexé, mais le tour de phrase employé par le législateur montre d'une façon aussi évidente que possible que cette énumération des dettes, mises à la charge du donataire, n'est exigée que dans les hypothèses où il s'agit de dettes à venir. L'article 945, au cas de donation avec charge, se borne à exiger une seule condition : l'existence de la dette au moment de la donation, ou à son défaut son énumération dans un état. Remplacer, comme on le fait dans notre article, la disjonctive « ou », qui en sépare les

(1) D. 1829, 1.852.

deux parties, par une conjonction, ce serait donner au texte un sens très différent de celui qu'il a réellement, car il faudrait alors admettre la nullité de toute donation de biens présents à charge de payer les dettes à venir expressément déterminées, puisque l'article 945 ne reconnaîtrait de valeur qu'à la donation faite sous la condition d'acquitter des dettes et charges, existant à l'époque de la libéralité et de plus exprimées soit dans l'acte, soit dans l'état y annexé.

Une telle doctrine serait sans aucun doute en contradiction formelle avec l'esprit de la loi et avec la tradition. Avec l'esprit de la loi parce que le but de l'article 945, comme du reste celui de l'article 1129, est avant tout de limiter l'obligation du donataire, but atteint d'une façon suffisante en exigeant l'existence et la certitude de la dette au moment de la donation ou, à défaut de cette condition, une détermination expresse de cette dette par les parties elles-mêmes.

La tradition s'oppose également à ce que nous adoptons la théorie exprimée plus haut. De nombreuses coutumes admettaient, en effet, que le disposant pouvait, sans pour cela porter atteinte à la donation, grever son donataire de charges déterminées. Quelques arrêts, antérieurs il est vrai à l'ordonnance de 1731, allèrent même jusqu'à valider la donation à charge d'exécuter le testament du donateur sous prétexte que le montant en était facilement déterminable *ex arbitrio boni viri*. Nous ne

prétendons pas justifier la logique de cette solution, mais elle nous sert à montrer les tendances de l'ancien droit. La décision elle-même peut sembler très risquée, mais le motif sur lequel on l'appuie n'est certes pas contestable. Le critérium qui poussait nos anciens auteurs à valider ou à annuler la donation c'est la possibilité de déterminer d'une façon ou d'une autre le montant des dettes.

Or, si dans notre ancien droit on admettait cette décision à l'égard des donations à charge de payer les dettes à venir déterminées, alors que la règle « donner et retenir ne vaut », dont l'existence était incontestable, donnait un argument sérieux à la doctrine contraire, on peut, aujourd'hui que cette maxime est tombée en désuétude, dire avec raison qu'une telle donation est valable, puisqu'elle peut facilement se concilier avec l'article 1129.

Ainsi aucun doute n'est possible sur ce point. La donation est bonne quand les dettes et charges futures, dont le paiement incombe au donataire, ont été exprimées dans la donation ou dans un état annexé.

Voyons maintenant quel serait l'effet d'une telle donation.

Il nous paraît certain que si les dettes sont dans l'avenir contractées par le donateur, le donataire sera tenu d'en supporter le montant même au cas où il dépasserait l'émolument. L'opinion contraire a été, il est vrai, soutenue par de très bons auteurs, sous prétexte qu'une donation, qui est un acte de

générosité, ne doit pas porter préjudice à celui qui en est le bénéficiaire. Mais nous ne pensons pas qu'il faille appliquer ce raisonnement à la donation avec charge, qui en fait constitue un contrat synallagmatique.

Supposons que le donateur n'a pas contracté les dettes prévues dans l'acte, doit-on décider que la donation est valable pour le tout, ou bien faut-il en déduire le montant des charges et dettes grevant le donataire?

Cette dernière opinion semble triompher dans la doctrine. On soutient généralement, en vertu du principe de l'irrévocabilité, que le donateur ayant le pouvoir de contracter ces dettes, la donation n'est pas suffisamment irrévocable et que par conséquent elle doit être regardée comme nulle quant à la portion de biens que le donateur pourrait ainsi enlever au donataire. L'article 946, dit-on, commande cette solution. Il tranche en ce sens une question analogue, en décidant que le donataire n'a jamais droit aux effets ou à la somme dont le donateur s'est réservé la disposition lorsqu'il meurt sans en avoir disposé.

A notre sens, il ne faut pas hésiter à repousser cette solution. Nous nous sommes trop longuement attachés à nier l'existence d'un principe spécial d'irrévocabilité en matière de donation entre-vifs pour revenir une fois encore sur ce sujet. La donation est un contrat ni plus ni moins révocable que la vente. Or, il faut évidemment se prononcer

pour la validité d'un contrat fait sous cette condition que l'acheteur, outre son prix, doit payer telle ou telle dette déterminée que le vendeur s'est réservé de contracter. L'article 946 ne nous semble pas fournir d'argument contre cette théorie. Il prévoit, en effet, un cas très différent de celui dont il s'agit ici et se borne à annuler la donation quant à l'objet réservé, lorsque le donateur n'en a pas disposé pendant sa vie. L'article 945, de son côté, semble bien indiquer à contrario qu'il faut valider la donation à charge pour le donataire d'acquitter des dettes futures expressément déterminées, puisqu'il se borne à déclarer nulles pour le tout les donations faites sous condition d'acquitter des dettes indéfinies.

A prendre à la lettre le texte de l'article 945, il semblerait que pour qu'une donation à charge d'acquitter certaines dettes futures soit valable, il faille avant tout que ces dettes soient expressément désignées dans l'acte ou dans l'état y annexé. Dire, comme le fait l'article 945, que les dettes doivent être exprimées, n'est-ce point, en effet, indiquer qu'on attache une importance capitale à ce que le chiffre de la dette soit fixé d'une façon certaine. Il semble pourtant, malgré ce texte formel, que l'esprit de la loi permet de déclarer bonne la donation à charge d'acquitter les dettes futures, quand ces dettes ont été déterminables au moment du contrat. L'article 945, nous l'avons dit, ne fait qu'une application logique à la donation de l'article 1129. Ce qu'exige le législateur, c'est que l'obligation con-

tractée par le donataire, en acceptant les conditions imposées par le disposant, soit déterminée quant à son objet, de même que les obligations contractées par les parties dans les conventions synallagmatiques. Toutefois il n'est pas nécessaire qu'elle le soit par un chiffre exact, et la loi se déclare satisfaite dès que la convention renferme un moyen de détermination. « La quotité de la chose, dit l'article 1129, peut être incertaine pourvu qu'elle puisse être déterminée ».

Comme conséquence de cette doctrine, nous sommes amenés à soutenir la validité de la donation à charge pour le donataire d'exécuter le testament du donateur, quand ce testament est antérieur à la libéralité. Peu importe que ce testament soit révocable. S'il est révoqué, peut-être y aura-t-il lieu d'appliquer l'article 946, et de donner aux héritiers du disposant les objets, qui tout en faisant partie de la donation, avaient été attribués par testament à des tiers. Toutefois, comme nous l'avons dit plus haut, nous n'irons pas jusqu'à déduire de la donation une valeur équivalente à celle des objets ou sommes d'argent compris dans le testament.

Faut-il aller, comme le veulent certains auteurs, jusqu'à déclarer bonne la donation à charge d'acquitter les legs pieux et rémunératoires, sous prétexte que ces legs sont facilement déterminables eu égard aux facultés du donateur? Nous ne le croyons pas, car le donateur, ayant toute liberté de multiplier ces legs à l'infini, l'obligation du donataire ne

sera jamais suffisamment déterminable. Toutefois nous serions fort portés à valider la donation à charge de payer les frais d'enterrement du donateur, à condition que le soin de régler les funérailles soit laissé aux héritiers qui se conformeront très probablement aux usages, en tenant compte du rang et de la fortune du défunt.

Que penser enfin de la donation à charge d'acquitter la légitime des enfants du donateur ? Avant de résoudre cette question, il faut tout d'abord se demander quelle a été l'intention du donateur en insérant cette clause. Résulte-t-il des termes dont il s'est servi que le donataire doit être tenu de contribuer, ainsi que tous les autres, au paiement des réserves en subissant une réduction de la libéralité qui lui a été faite, il faut conclure en ce cas à la validité de la donation, car si l'on peut reprocher à cette disposition d'être inutile et surabondante, on ne peut en tirer argument pour annuler la convention, puisqu'à défaut de disposition expresse sur ce point, la loi aurait elle-même imposé au donataire cette obligation, tout indéterminée qu'elle soit. Mais si l'intention véritable du donateur a été de mettre uniquement à la charge du donataire le soin d'acquitter la légitime, il paraît certain que la donation doit être annulée. L'ordonnance de 1731 contenait, dans son article XVI, une disposition expresse en ce sens. Cette solution doit être conservée dans notre droit, bien que la règle « donner et retenir ne vaut » dont on prétendait la

faire découler, ait perdu toute son influence. Les légitimes des enfants ne sont dues, en effet, qu'après la mort de celui sur les biens duquel elles peuvent être demandées. Or s'il en est ainsi, il est impossible de déterminer, lors de la donation, la quotité de cette charge encore inexistante. L'obligation du donataire ne remplirait donc pas les conditions de l'article 1127, puisque la somme que devra le donataire, pour fournir ou compléter la légitime peut varier suivant le nombre d'enfants que laissera le donateur, ainsi que suivant sa fortune et la valeur de ses donations postérieures.

Donc aucun doute sur ce point : le disposant ne peut imposer à son donataire l'obligation d'acquitter seul la réserve due à ses héritiers. A plus forte raison quand il dispose entre-vifs de biens excédant la quotité disponible, il ne peut, en écartant l'article 923, décider que sa dernière libéralité ne sera pas réduite avant les donations antérieures. Ces donations, en effet, ayant eu pour objet des biens disponibles, ont été valables dès le jour du contrat et la seule règle de l'irrévocabilité des conventions suffit à empêcher le disposant d'y porter, à son gré, atteinte après coup.

Pourtant dans un arrêt du 10 août 1870, la Cour de cassation semble s'être prononcée contre cette doctrine. L'espèce, il est vrai, n'était pas aussi simple que celle que nous avons en vue. Il s'agissait d'une donation entre-vifs, faite à un donataire à qui était imposée l'obligation de donner à un

tiers un objet compris dans la libéralité. Le donateur y avait exprimé le désir formel, qu'au cas de réduction, la donation directe fût réduite avant celle au profit d'un tiers. La Cour suprême a considéré cette clause comme valable et en a ordonné l'exécution. « La règle que les donations entre-vifs doivent être réduites par ordre de date, dit-elle, reçoit exception quand le disposant a manifesté la volonté qu'il en fût autrement ; cette volonté peut non seulement être expresse, mais encore résulter soit de la nature même de la donation, soit de la texture des clauses de l'acte. »

Notons d'abord que dans l'espèce, dont il s'agit, la clause décidant la réduction de la donation antérieure est insérée dans cet acte lui-même et n'est pas faite postérieurement à la perfection du contrat. Mais, à notre sens, cela ne suffit pas pour justifier la théorie de la Cour.

Nous croyons, en effet, que les dispositions du code concernant la réserve sont des lois d'ordre public, puisque leur but est d'assurer aux familles des donateurs des ressources indispensables à leur prospérité. Il n'appartient donc pas aux héritiers d'y déroger.

On ne manquera pas d'objecter que le donateur ne porte pas, par la clause en question, atteinte à l'article 923, puisque les deux dispositions ont lieu en même temps. Cette objection tombe d'elle-même si l'on songe que les donations, faites au profit de tierces personnes, quoique dispensées des

formes spéciales de la donation, sont soumises à la condition d'une acceptation expresse et formelle. Or comme il est certain que la disposition principale a dû être acceptée la première, il en résulte qu'il faut la considérer comme la plus récente. Dès lors la donation indirecte doit être réduite la première.

CHAPITRE V

Des donations faites avec réserve de disposer

Ainsi que les articles précédents, l'article 946 est en général considéré comme une conséquence de la règle « donner et retenir ne vaut. » Il s'exprime de la manière suivante : « En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme fixe sur les biens donnés, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires. »

Nous avons déjà dit combien il nous paraissait peu exact de faire découler ce texte du vieux brocard coutumier. Cet article ne doit pas être séparé de l'article 945. Il n'est, au même titre que ce dernier, qu'une application de la règle plus générale, posée dans l'article 944, et se borne à prohiber des donations faites sous des conditions potestatives de la part du donateur.

D'après l'article 945, la donation est nulle pour le tout, quand le donateur s'est réservé le droit de

disposer de tous les effets compris dans la libéralité; d'après l'article suivant, si le disposant ne s'est réservé la faculté que de reprendre quelques-uns des objets donnés, la donation n'est viciée que quant à ces objets. C'est là une conséquence de la maxime « *utilem partem donationis non vitari per inutilem* ». Point n'est besoin de recommencer ici le raisonnement que nous avons déjà fait pour prouver le peu de valeur des arguments sur lesquels on s'appuie, quand on veut démontrer la reproduction par le code de la règle « donner et retenir ne vaut ». Ce que nous avons dit des articles précédents s'applique avec non moins d'à-propos à notre texte, qui n'est, au fond, qu'une disposition de même ordre.

Certains auteurs ont bien essayé d'insister sur ce que l'article 946 prohibe de la part du donateur « toutes clauses et stipulations contraires » à la règle d'après laquelle les choses réservées reviennent aux héritiers, alors même que le donateur n'en a pas disposé. Cette rigueur, dit-on, peut paraître excessive si l'on s'en tient aux principes généraux; elle se justifie quand on réfléchit que notre ancien droit, d'où provient la règle de l'article 946, entravait la liberté du donateur dans l'intérêt des héritiers.

Pourquoi s'acharner ainsi à voir dans la disposition de l'article 946 une dérogation aux principes du droit commun. L'objet réservé n'a pas été donné. Il est indifférent que le donateur meure sans en

avoir disposé. Quoi d'étonnant à ce qu'il passe avec le reste du patrimoine à ceux qui sont ses héritiers ? Le législateur a cru bon de reproduire ici à la lettre les termes par lesquels l'article XVI de l'ordonnance de 1731 défendait toutes clauses et stipulations contraires à sa disposition. Mais il ne faut attacher aucune importance à ces quelques mots d'ailleurs inutiles, puisqu'il est de principe aujourd'hui que la volonté des parties ne saurait prévaloir à l'encontre de la volonté de la loi.

On a coutume de poser, dans la plupart des traités, la question de savoir si l'article 946 est applicable lorsque la réserve de disposer est elle-même soumise à une condition indépendante de la seule volonté du donateur. Puis-je, par exemple, vous donner valablement mon cheval, en me réservant d'en disposer de nouveau au profit de mon frère, s'il vient à se marier ?

Laurent et Troplong, acharnés partisans de la survivance, dans notre Code civil, de la règle « donner et retenir ne vaut », soutiennent que la réserve même conditionnelle est contraire à cette maxime. Dans ce cas, disent-ils, la révocation dépend en partie de la volonté du disposant. Cela est suffisant pour vicier la libéralité qui devient révocable, dès qu'il dépend du donateur de la détruire.

Nous avons déjà combattu cette doctrine, en soutenant la validité des donations sous condition simplement potestative. Disons seulement que la

grande majorité des auteurs; même de ceux qui croient à la maxime « donner et retenir ne vaut », se refuse à adopter une pareille application de la règle d'irrévocabilité. De deux choses l'une, disent-ils, ou la condition ne s'accomplit pas et le donateur, par suite de l'effet rétroactif de la condition, étant censé n'avoir jamais eu le droit de disposer de l'objet réservé, la donation reste bonne; ou bien la condition s'accomplit et, dans ce cas, le donateur n'a pas été lié et la donation est nulle.

Cette théorie, pas plus que la précédente, ne nous paraît satisfaisante. Notre doctrine, en effet, se résume en ces propositions; application à la donation des principes du droit commun: d'où nullité de la libéralité au seul cas où elle est subordonnée à une condition purement potestative. Or, dans l'espèce que nous avons posée, la donation est bien, il est vrai, faite en partie sous une condition purement potestative, mais cette condition est elle-même soumise à une seconde condition qui est purement casuelle. Il ne dépend donc pas de la seule volonté du donateur de faire valoir ou d'anéantir la libéralité. Peu importe le sort de la condition casuelle; Qu'elle s'accomplisse ou non, la donation est toujours bonne.

CONCLUSION

Après avoir passé en revue, ainsi que nous venons de le faire, les quelques dispositions du code civil que la doctrine et la jurisprudence s'accordent à considérer comme des conséquences de la règle « donner et retenir ne vaut », il nous reste, pour terminer cette étude, à voir ce qu'il faut penser aujourd'hui de l'application aux donations entre vifs du principe de l'irrévocabilité.

Nous croyons avoir démontré, dans le corps de ce travail, que la maxime coutumière, avec la signification que lui donnèrent nos anciennes coutumes, n'aurait au XIX^e siècle aucune raison d'être et serait en contradiction absolue avec nos mœurs modernes ainsi qu'avec les idées de liberté, devant lesquelles on a coutume de s'incliner sans discussion.

C'est du reste ce que semblent avoir très bien compris les rédacteurs du code, lorsqu'ils se sont fait scrupule de reproduire dans son texte la règle que donner et retenir ne vaut.

Abandonnant le point de vue juridique qui, nous le savons, commande la reproduction des dispositions des articles 943 à 946, conséquences logiques des articles 1108 et 1174, ne conviendrait-il pas

pour des motifs économiques de faire aux principes élémentaires, qui y sont contenus, quelques dérogations expresses en faveur des donations? C'est ce que nous allons étudier en terminant.

Les avis sur cette question sont très partagés. M. Huc, dans son étude sur le code civil italien (1), se déclare très franchement partisan de la conservation des principales dispositions de notre code civil. Pour lui, la donation doit, comme tout contrat, avoir un certain caractère d'irrévocabilité. Il se prononce donc pour la nullité des donations de biens à venir, des donations dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, et de celles ayant pour objet un bien dont on se réserve de disposer à nouveau dans la suite. Il va même jusqu'à critiquer l'article 1096 de notre code civil, déclarant révocables les donations entre époux et loue sans réserve les rédacteurs du code italien de ce qu'ils ont décidé, dans l'article 1054, que les époux ne pourront, durant leur mariage, se faire l'un à l'autre aucune libéralité, si ce n'est par testament.

Ce système du code italien, qui reproduit en les aggravant les règles du code civil sur l'irrévocabilité des donations entre-vifs, est aujourd'hui très ardemment combattu par la plupart des jurisconsultes et des économistes qui ont traité ce sujet.

Dans un article, paru en 1892, dans le recueil

(1) Huc : le Code civil Italien, Tome I, Troisième partie, § 6, p. 23, et suiv.

de l'Académie des sciences morales et politiques. M. Colmet de Santerre (1) soutient, qu'au point de vue critique, les dispositions des articles 943 à 946 sont loin d'être toutes justifiées. Il n'y a, dit-il, aucune incompatibilité entre la donation et la révocabilité. La preuve en est qu'on vit autrefois et qu'on voit encore aujourd'hui certaines donations révocables. La loi, autorisant en général de telles donations, si elle se trouvait un jour placée dans notre Code, serait certainement conforme au droit du propriétaire de disposer librement de ses biens. Mais M. Colmet de Santerre n'a pas eu la hardiesse de tirer toutes les conséquences de ce principe. Il fait quelques réserves sous prétexte que certaines libéralités menacent le crédit public, en rendant incertaine la propriété du donateur ou celle du donataire. C'est ainsi qu'il admet très-bien qu'on interdise la donation sous condition dépendant de la seule volonté du donateur, celle lui laissant la faculté d'imposer au donataire la charge des dettes contractées dans l'avenir et enfin les donations cumulatives de biens présents et de biens à venir, qui permettent au donataire, en optant pour les biens présents, de faire tomber tous les droits nés du chef du donateur depuis la libéralité.

Il se borne donc à demander qu'on autorise la

(1) Colmet de Santerre, Observations sur la révocabilité des testaments et l'irrévocabilité des donations entre-vifs. Recueil de l'Académie des sciences morales et politiques, 1892, 2^e trimestre, tome 38, page 137.

donation de biens à venir qui n'offre aucun danger, puisque le donateur reste libre d'aliéner ses biens à titre onéreux et de contracter des dettes qui grèveront son patrimoine aux mains du donataire.

C'est ce système qui paraît devoir être adopté prochainement en Allemagne. Le projet de Code civil, sans admettre d'une façon générale la révocabilité de la donation entre-vifs, reconnaît la donation de biens à venir sous le nom de succession par contrat. S'il n'y a pas de clause expresse, ce contrat, passé dans les formes du testament, est irrévocable, à condition que l'institué survive au disposant ; mais ce dernier peut, d'après l'article 1938, se réserver le droit de révoquer l'institution contractuelle par une simple déclaration judiciaire ou notariée.

Toutefois nous ne croyons pas que les rédacteurs du projet de code allemand aient été assez loin dans leurs innovations. Ce n'est pas seulement la donation de biens à venir qu'il fallait autoriser, c'était la donation à cause de mort, telle qu'elle était comprise à Rome. L'institution contractuelle, avec la clause de révocabilité, admise par le code allemand, fait en quelque sorte double emploi avec le testament puisqu'elle ne devient exécutoire qu'à la mort du disposant. La donation à cause de mort, au contraire, s'en distingue puisque, tout en étant révocable durant la vie du donataire, elle peut être faite non seulement, comme les donations testamentaires, sous une condition suspensive, mais encore

sous une condition résolutoire, de telle sorte que le donataire puisse entrer en possession dès le jour même du contrat.

On ne manquera pas d'objecter qu'avec la donation à cause de mort la propriété deviendra incertaine entre les mains du donataire. L'objection certes à sa valeur, mais il ne faut pas en exagérer la portée, d'autant plus que le législateur paraît en avoir tenu bien peu compte en autorisant la vente à réméré. De plus, si l'on s'intéresse au sort du donataire, n'est-on pas forcé de reconnaître qu'il vaut mieux qu'il ait un droit éventuel que de ne rien avoir du tout. Quant aux tiers, ils ne seront pas plus menacés par les révocations qu'ils ne le sont par les charges qui, sous la législation actuelle, peuvent grever les biens donnés. La faculté de révoquer, étant insérée dans le titre, il leur suffira pour se mettre à l'abri de se faire représenter l'acte lui-même, ce qui ne souffre aucune difficulté.

Après avoir admis la validité de la donation pour cause de mort, et, par cela même, celle de la donation de biens présents sous condition purement potestative, nous n'avons aucune raison de conserver l'article 946 de notre Code. Pourquoi, en effet, enlever au donataire, pour en faire profiter les héritiers du donateur, l'objet dont ce dernier s'est réservé la faculté de disposer à nouveau ?

Reste la défense d'imposer au donataire l'obligation de payer des dettes futures indéterminées. Sur ce point notre conviction est qu'il n'y a rien

à changer à l'article 945. Aussi est-ce à tort que le code Portugais, dans l'article 1469, et le code Espagnol, dans l'article 642, autorisent la clause expresse, d'après laquelle le donataire s'oblige indéfiniment à payer les dettes futures du donateur.

Telles sont, en peu de mots, les dispositions que nous voudrions voir adopter. Notre système se résume dans quelques propositions suivantes :

La donation doit, par exception, pouvoir être faite sous une condition purement potestative. Il en résulte que la donation cumulative de biens présents et à venir et l'institution contractuelle sont permises à tous et pour tous. Elles doivent être révocables ou irrévocables au gré du donateur. Si le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un objet donné, cet objet doit rester au donataire au cas où il ne lui a pas été enlevé. Le donataire ne pourra jamais souscrire une obligation indéfinie.

C'est, on le voit, appliquer, avec ses conséquences les plus extrêmes, le principe de la liberté des conventions.

Vu : Par le Président de la thèse,
Dijon, le 8 février 1897.

Fr. GENY.

Vu :
Par le Doyen,
E. BAILLY.

Vu et permis d'imprimer :
Le 8 février 1897.
Le Recteur de l'Académie de Dijon,
Gaston BIZOS.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5
I ^e Partie. — De la règle « donner et retenir ne vaut », dans le droit Coutumier.	15
Chapitre I : Double signification de la règle.	17
§ I. de la tradition.	22
§ II. de l'irrévocabilité.	50
Chapitre II. Conséquences de l'irrévocabilité.	61
§ I. Donation de biens à venir.	62
§ II. Donation de biens présents et à venir.	67
§ III. Donation sous une condition qui dépend de la volonté du donateur	78
§ IV. Donation faite avec faculté pour le dona- teur de disposer d'un effet de la donation.	80
Chapitre III. Sanction de la règle.	87
Chapitre IV. Exceptions à la règle.	96
§ I. Donations par contrat de mariage.	96
§ II. Dons mutuels.	109
§ III. Pollicitations.	110
Chapitre V. Origine de la règle et motifs par lesquels elle se justifie.	112
§ I. Causes originaires et motifs de la néces- sité de la tradition.	114
§ II. Causes originaires et motifs du principe de l'irrévocabilité.	127
II ^e Partie. — De la règle « donner et retenir ne vaut » dans le Code Civil.	135
Chapitre I. La règle a-t-elle été maintenue par le Code.	137
Chapitre II. Donations de biens à venir.	150
Chapitre III. Donations sous condition dont l'exécu- tion dépend de la seule volonté du dona- teur.	175
Chapitre IV. Donations sous condition de payer les dettes à venir indéterminées.	193
Chapitre V. Donations avec réserve de disposer.	206
Conclusion.	210

